

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 13

AGOSTO - DEZEMBRO
1998



DEPARTAMENTO DE DIREITO
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO

DIREÇÃO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO

Francisco Mauro Dias

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Maria Celina Bodin de Moraes
Tania da Silva Pereira

COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÃO

Gisele Guimarães Cittadino

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22.453-900

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 13 agosto-dezembro, 1998

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade
Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 13

AGOSTO - DEZEMBRO
1998

1. Artigos e Ensaaios

- Matrimonios de Conveniencia y Turismo Divorcista:
Práctica Internacional Española
Alfonso-Luis Calvo Caravaca
Javier Carrascosa González 01
- Plus Ça Change, Plus C'Est la Même Chose
Cristiana Vianna Veras 16
- O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo:
Reflexos no “Processo do Consumidor”, especialmente
quanto aos Danos Morais e às Conciliações
José Augusto Garcia 41
- Neoliberalismo e Democracia
José Carlos Garcia 69
- Audiência de Instrução e Julgamento:
Apoteose da Explicação das Relações de Poder
entre Juizes e Advogados no Campo Jurídico
Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira 89
- É Possível Antecipar a Tutela na Sentença de Mérito?
Paulo Renato Fernandes da Silva 100
- O Raciocínio Tópico e a Concepção Sistemática do Direito
Paulo Roberto Soares Mendonça 107

A Construção de um Direito à Vida Digna <i>Thamy Pogrebinski</i>	121
China e Japão: Olhos Abertos para o Meio Ambiente <i>Themis Aline Calcavecchia dos Santos</i>	145
Sistema de Representação Proporcional no Brasil e na Argentina: Uma Comparação <i>Vagner Camilo Alves</i>	157
A Problemática da Fundamentação dos Direitos Humanos <i>Vânia Aieta</i>	168
2. Discurso	
Colação de Grau – Turma Prof. Caio Mário da Silva Pereira <i>Francisco Mauro Dias</i>	182

3. Notícias e Informações

Relação das Dissertações de Mestrado defendidas de agosto a dezembro de 1998.

MATRIMONIOS DE CONVENIENCIA Y TURISMO DIVORCISTA: PRÁCTICA INTERNACIONAL ESPAÑOLA*

*Alfonso-Luis Calvo Caravaca** y
Javier Carrascosa González****

I. Introducción: Algunos datos sobre el sistema español de derecho internacional privado en el sector matrimonial.

La regulación del matrimonio en DIPr. Español es deficiente, fragmentaria e incompleta. Carece de rigurosidad sistemática y presenta muchas lagunas de regulación. La reforma del "sector jurídico matrimonial" por la Ley 30/1981 de 7 julio se limitó a abordar sólo ciertos aspectos de estas materias en DIPr., en concreto, los perfiles relacionados con la *separación* y el *divorcio*. Por otro lado, el legislador de 1985 "olvidó" incluir, al redactar la vigente LOPJ, un foro de "competencia judicial internacional" en materia de celebración del matrimonio, lo que ha obligado a los operadores jurídicos a forzar hasta el límite las reglas existentes en el sistema. Ambas razones explican el muy notable protagonismo de la jurisprudencia y práctica registral española en materia matrimonial: donde no alcanza la Ley, llega la jurisprudencia.

El sector matrimonial del DIPr. español está todavía anclado en presupuestos heredados del siglo XIX, y éstos, a su vez, en bases edificadas en épocas anteriores. Prueba de ello es la incidencia del "matrimonio religioso", que

* Texto de la ponencia presentada el 10 octubre 1997 en la Universidade Cidade de Sao Paulo (UNICID).

** Catedrático de Derecho Internacional privado (Universidad Carlos III de Madrid).

*** Profesor titular de Derecho internacional privado (Universidad de Granada).

aun pervive en nuestro sistema interno e internacional. La pervivencia del *factor religioso* en la regulación jurídica del matrimonio comporta consecuencias difícilmente compatibles con las exigencias derivadas de los arts.16 y 32 CE 1978, preceptos que apuntan hacia un sistema matrimonial único, hacia la igualdad de todas las confesiones ante la Ley, hacia la no discriminación por razón de ideología y/o creencias, etc. En efecto, desde una óptica constitucional, un repaso a nuestro sistema matrimonial de DIPr., desemboca, necesariamente, en un balance crítico:

1º La regulación del art.49 Cc. presenta un sesgo *unilateral*: el precepto regula sólo la forma de celebración del matrimonio contraído *por español*. El objetivo prístino de este enfoque fue asegurar la validez en España del *matrimonio canónico* contraído por un español en el extranjero, con independencia de lo establecido por la "ley del lugar de celebración".

2º La admisión de la validez, en España, de "otras formas religiosas" de celebración del matrimonio, plantea un problema de discriminación en relación a las formas religiosas "no admitidas". En efecto: esconde un *trato desigual* para aquellas personas que profesan una religión que no ha alcanzado un "Acuerdo con el Estado" para dotar a su forma del matrimonio de "efectos civiles" (Res.DGRN 6 mayo 1982).

Desde un prisma exclusivamente técnico, la determinación de la Ley aplicable al matrimonio contraído por español en el extranjero es compleja. La Ley aplicable a su *capacidad nupcial* se fija con arreglo al art.9.1 Cc. El mismo precepto es también aplicable para concretar la ley reguladora del *consentimiento matrimonial*. Ambos remiten a la "Ley nacional del contrayente". Por otro lado, el art.49.II Cc. sólo es aplicable para señalar la "Ley aplicable" a la "forma del matrimonio". Esta separación entre *fondo, forma y capacidad matrimonial* implica con frecuencia numerosos problemas de *calificación*, sobre cuya dificultad advierte la Res.DGRN 14 marzo 1977. Ejemplos de esta compleja problemática los constituyen la STS 1 mayo 1919, STS 26 abril 1929, y STS 14 noviembre 1963, que calificaron la intervención de "autoridad" en la celebración del matrimonio como una cuestión de "capacidad nupcial", cuando es claro que se trata de un aspecto relativo a la "forma del matrimonio".

II. La Lucha Contra Los "Matrimonios Internacionales de conveniencia"

La Ley aplicable al consentimiento matrimonial no se determina por los arts.49 y 50 Cc., que sólo fijan la ley aplicable a la *forma de prestación* del consentimiento -Ley aplicable a la *forma de celebración del matrimonio*-. El consentimiento matrimonial se rige por la *Ley personal de cada uno de los contrayentes* (art.9.1 Cc.). Dos argumentos son válidos para defender esta postura: 1º) Puede estimarse que es una materia que afecta al "estado civil", -la prestación del consentimiento matrimonial supone un cambio de "estado civil" del contrayente-; 2º) Puede considerarse que el art.9.1 Cc. constituye, aun hoy, la "norma general" reguladora de todos los aspectos relacionados con el "estatuto

personal" en DIPr. español. De ese modo, a falta de una "norma especial", el art.9.1 Cc. es aplicable para fijar la Ley reguladora del consentimiento matrimonial.

La *ley personal* regula, *ex art.9.1 Cc.*, estas cuestiones: 1º Si el consentimiento es aparente o real; 2º Los vicios del consentimiento; 3º Efectos del consentimiento viciado o simulado; 4º Plazo para el ejercicio de las acciones y personas legitimadas. El orden público internacional español (art.12.3 Cc.), deberá operar contra las Leyes extranjeras que permitan un "matrimonio pactado", sin expresión del consentimiento matrimonial por los contrayentes, aunque no existen datos jurisprudenciales relevantes sobre la cuestión.

En nuestros días, la problemática que genera la "Ley aplicable al consentimiento matrimonial" se centra, muy destacadamente, en los llamados "matrimonios blancos" o "matrimonios de complacencia". Numerosos extranjeros contraen matrimonio con españoles para beneficiarse de las consecuencias que ello comporta en el plano de la *nacionalidad*, -acceso privilegiado a la nacionalidad española con un año de residencia en España: art.22.2 Cc.-, y, en el plano del Derecho de Extranjería, -posibilidad de obtener "permiso de residencia" en España por estar casado con español/a¹.

En dichos casos, la DGRN ha tenido que enfrentarse con matrimonios celebrados previo *pago de precio*, en los que los cónyuges no manifiestan un auténtico y verdadero consentimiento matrimonial. Es un "negocio jurídico simulado". Pues bien el tratamiento jurídico de estos matrimonios en DIPr. español debe conjugar dos elementos:

1º) La lucha contra estos "falsos matrimonios", que es deseable erradicar, pues fomentan la inmigración ilegal y alteran el sentido de la institución matrimonial. El art.16.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que: "*Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio*", lo que justifica la lucha de los Estados por preservar al matrimonio de "intenciones fraudulentas".

2º) El respeto al *jus connubii*, que es un derecho subjetivo de toda persona, reconocido por la Constitución española y por Convenios internacionales vigentes en Derecho español². En efecto, la Constitución española reconoce el derecho a

¹ Los medios de comunicación social arrojan cifras recientes muy reveladoras de la situación actual: así, *ad ex.*, el número de matrimonios hispano-cubanos inscritos en el Consulado General de España en la Habana pasó de 15, en 1990, a 670, en 1993, y a 1.190, en 1996. En 1997, superan los 150 al mes y se prevé que, a finales de año, sean más de 1.500 los matrimonios mixtos, de los cuales más del 90% con cubanas jóvenes. Una situación semejante se vive en el Consulado de Italia en la Habana, donde, el año pasado, se registraron unos 600 matrimonios, más del 200% de la cifra alcanzada en años anteriores (dEP, 16 junio 1997, p. 28).

² Sobre el *jus connubii* y el DIPr. A) Doctrina extranjera, por todos, E.JAYME: "Considerations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé", *RCADI*, 1982, vol.177, pp.9-102, esp. pp.153-157; B.AUDIT: *DIPrivé*, 1991, pp.500-517; G.BALLADORE PALLIERI: *DIPrivato*, 1974, pp.171-199; T.BALLARINO: *DIPrivato*, 1982, pp.706-731; H.BATIFFOL y P.LAGARDE: *DIPrivé* II, 1983, pp.37-64; CHESIRE & NORTH: *PILaw*, 1992, pp.569-626; J.G.COLLIER: *Conflicts*, 1994, pp.293-332; D.HOLLEAUX, J.FOYER, G.de GEOUFFRÉ de LAPRADELLE: *DIPrivé*, 1987, pp.511-516; G.KEGEL: *IPRecht*, 1987, pp.499-526; Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *DIPrivé*, 1994, pp.308-325; P.MAYER: *DIPrivé*, 1994, pp.360-369; P.MENGOZZI: *DIPrivato*, 1990, pp.101-123; E.VITTA: *Diritto internazionale*

contraer matrimonio como expresión específica de la capacidad para obligarse mediante una declaración de voluntad. Y lo hace en términos categóricos y realmente amplios: la Constitución reconoce este "derecho de libertad" de vincularse en matrimonio, que por otro lado, debe realizarse en condiciones de "igualdad". Es, por tanto, un aspecto del derecho de los particulares basado en el "libre consentimiento": se aprecia claramente la "libertad de la persona" como valor superior del ordenamiento jurídico. El art.16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio". La Convención relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, hecha en Nueva York el 10 diciembre 1962 (BOE núm.128 de 29 mayo 1969), en este sentido, intentó atajar ciertas costumbres, leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia incompatibles con esta "libertad matrimonial", con el objetivo de asegurar la libertad completa en la elección del cónyuge, aboliendo totalmente el matrimonio de niños y la práctica de los esponsales de las jóvenes antes de la edad núbil.

Por ello, no es deseable proporcionar una solución radical: sancionar con la nulidad todo matrimonio "sospechoso" de ser un *matrimonio blanco* podría lesionar el *jus connubii* de los contrayentes, que tienen derecho a contraer libremente matrimonio. Pero, por otro lado, tampoco es conveniente no actuar contra la celebración masiva de "matrimonios internacionales de conveniencia", ya que ello desembocaría en una catarata de fraudes a la Ley española en materia de Derecho de Nacionalidad y Derecho de Extranjería, propiciando la inmigración incontrolada y una desnaturalización del acceso a la nacionalidad española.

La reacción por parte de las Autoridades españolas para intentar atajar este problema, -que se ha agravado muy considerablemente en los últimos años-, se ha desarrollado en distintos flancos. En particular, se ha operado distinguiendo el momento en que debe actuarse contra estos "matrimonios blancos", esto es, diferenciando la actitud a adoptar *antes de la celebración* de un matrimonio que presenta "caracteres fraudulentos", y las medidas que deben tomarse ante un matrimonio *ya celebrado*, -y del que se pretende su inscripción en el Registro Civil

privato (vol.II), 1979, pp.165-232. B) Doctrina española: J.M.ESPINAR VICENTE: "Algunas reflexiones sobre el Derecho matrimonial español", *ADC*, 1978, pp.37-55; Id.: "La celebración del matrimonio en Derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales", *REDI*, 1984, vol.XXXVI, pp.93-102; Id.: "Matrimonio (celebración del) [Derecho internacional privado]", *EJB*, 1995, pp.4205-4208; J.M.ESPINAR VICENTE: *El matrimonio y las familias en el sistema español de DIPr.*, Civitas, Madrid, 1995, pp.23-26; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS en M.AGUILAR NAVARRO y otros: *Derecho civil internacional*, 1975, pp.243-325 (en relación a la ordenación anterior a la ley 30/1981 de 7 de julio); J.D.GONZÁLEZ CAMPOS en J.D.GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *DIPr. parte especial*, 1995, pp.289-328; A.MARÍN LÓPEZ: *DIPr.* II, 1994, pp.123-146; A.MIAJA DE LA MUELA: *DIPr.* I, 1987, pp.422-451 (revisado por J.L.IGLESÍAS BUHIGUES); J.A.TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE en M.AGUILAR NAVARRO y otros: *Lecciones...*, 1982, pp.115-202; UNED (por P.ABARCA JUNCO): *DIPr.* II, 1996, pp.101-114; J.A.TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: "Celebración del...", 1996, pp.88-116; J.A.CARRILLO SALCEDO: "La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol", *RCDIP*, 1983, vol.LXXII, pp.1-35.

español-, que reviste apariencia fundada de ser un "matrimonio de conveniencia" (*marriage of convenience*).

a) Para tratar de evitar que se celebren "matrimonios blancos", la DGRN elaboró la Instrucción de 9 enero 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (BOE núm.21 de 25 enero 1995). Visto que la celebración del matrimonio exige, cuando uno de los contrayentes es español, un expediente previo para acreditar la capacidad nupcial del mismo y su verdadera intención de contraer matrimonio. La DGRN recuerda que, el art.246 RRC prevé un trámite de audiencia de cada uno de los contrayente por separado. En dicho trámite, y de modo reservado, el instructor del expediente puede interrogar a los contrayentes para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial de los mismos, y en su caso, descubrir los posibles fraudes. Si éstos salen a la luz, el instructor no autorizará la celebración del matrimonio. Lo que ocurre, -como ha precisado la doctrina-, es que este expediente está concebido, fundamentalmente como un "mecanismo de control" de la *capacidad nupcial* de los contrayentes y su aptitud para manifestar su consentimiento, pero no para acreditar la autenticidad del consentimiento matrimonial (arts.146-147 RRC). Además, el consentimiento matrimonial todavía no se ha manifestado cuando tiene lugar la instrucción del expediente. Examinar las intenciones de los contrayentes antes de la celebración del matrimonio colisiona casi inevitablemente con la presunción general de buena fe y con el *jus connubii*... En definitiva, triste destino el de esta Instrucción de la DGRN de 9 enero 1995, que no es la vía adecuada para atajar la celebración de "matrimonios blancos": si los contrayentes insisten en su intención de contraer matrimonio, -y tienen la necesaria capacidad nupcial-, no será posible coartar su derecho a ello. En suma, la falta de un auténtico "consentimiento matrimonial" sólo puede acreditarse *después* de haber contraído el matrimonio, cuando sea posible constatar que los sujetos nunca tuvieron intención de contraer un verdadero matrimonio. Por ello, esta Instrucción DGRN 9 enero 1995 no ha dado lugar a una práctica jurídica relevante.

b) Una vez celebrado el matrimonio, la DGRN ha mantenido un criterio claro al respecto. Estando implicado un español, -como normalmente sucede, por las razones examinadas-, la DGRN, en la mayoría de las ocasiones, obvia el "planteamiento conflictual". En efecto: la DGRN debería examinar si el consentimiento dado por el español es real y auténtico con arreglo a la Ley española (art.9.1 Cc.: Ley nacional del contrayente), y, paralelamente, debería acreditar si es también real y verdadero el consentimiento matrimonial expresado por el contrayente extranjero con arreglo, ahora, a su Ley nacional correspondiente (de nuevo, art.9.1 Cc.: ley nacional del contrayente). Es una *aplicación distributiva* de las respectivas "Leyes nacionales". Sin embargo, quizás por "economía conflictual", la DGRN se limita a analizar, simplemente, si el consentimiento de los contrayentes se ajusta a lo preceptuado por la *Ley española*. Este planteamiento sólo es ajustado a Derecho en lo que se refiere al examen de la "Ley aplicable" al consentimiento matrimonial del contrayente español. Para saber si el consentimiento matrimonial del contrayente extranjero es real, debería acudir a su

Ley nacional. Pero también es cierto que, acreditado con arreglo a la Ley española que el contrayente español no prestó un consentimiento matrimonial auténtico, el matrimonio queda ya viciado de nulidad. Ello es consecuencia del sistema "distributivo" de aplicación de ambas "Leyes nacionales". Recurrir, pues, *en exclusiva*, a la Ley española para analizar la autenticidad del consentimiento matrimonial de ambos contrayentes, no es plenamente ajustado al DIPr. español, pero es una vía que se explica por razones prácticas: el resultado es, en definitiva, el mismo, -la nulidad de matrimonio por falta de consentimiento matrimonial-, y se evita la necesaria alegación y prueba de la Ley extranjera, algo que en ocasiones, puede ser complejo, lento y costoso, en particular, si el contrayente extranjero procede de países escasamente vinculados con España (Viet-Nam, China...). Así las cosas, la DGRN procede de dos modos, distinguiendo, respectivamente, dos conjuntos de supuestos.

En un primer grupo de casos, en los que existen indicios de que el matrimonio "aparentemente blanco", *puede no ser fraudulento*, -ad ex. los interesados ya se conocían antes del matrimonio, habían viajado con anterioridad a España o al otro país, manifiestan su propósito verdadero de fundar una familia, etc.-, el *ius nubendi* debe prevalecer. Ello lleva a la considerar que el matrimonio es válido. Ejemplos de este proceder son, entre otras muchas en el mismo sentido, la **Res.DGRN 15 diciembre 1990**, *REDI*, 1991, vol.XLIII, p.532, **Res.DGRN 9 octubre 1993**, *BIMJ*, núm.1691 de 5 diciembre 1993, pp.5632-5636, **Res.DGRN 3 diciembre 1993**, *BIMJ*, núm.1698, 1994, pp.1066-1069, **Res.DGRN 21 junio 1994**, *BIMJ*, núm.1719, pp.4775-4777, **Res.DGRN 20 septiembre 1994**, *RAJ*, 1994, núm.9969, **Res.DGRN [1ª] 20 enero 1995**, *RAJ*, 1995, núm.1605; **Res.DGRN 1 marzo 1995**, *BIMJ*, 1995, núm.1741, pp.2154-2156, **Res.DGRN 11 marzo 1995**, *BIMJ*, núm.1742, 1995, pp.2620-2622, **Res.DGRN [1ª] 18 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1797, 1997, pp.1202-1207, relativa a matrimonio entre español y dominicana celebrado en la República Dominicana: "*ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el 'ius connubii'*, este Centro Directivo ha de elegir la primar alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (...) en un juicio declarativo ordinario...", **Res.DGRN [2ª] 18 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1797, 1997, pp.1207-1211, sobre matrimonio celebrado por español y colombiana en Colombia, **Res.DGRN [3ª] 18 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1797, 1997, pp.1211-1215, **Res.DGRN [2ª] 23 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1799, 1997, pp.1490-1495, **Res.DGRN [3ª] 23 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1799, 1997, pp.1495-1500, las tres relativas a matrimonio celebrado en la República Dominicana entre español y dominicana. Como se puede leer en la citada **Res.DGRN [1ª] 18 octubre 1996**, la DGRN estima como válido el matrimonio, ordena su inscripción en el Registro Civil español, pero deja abierta la vía del juicio ordinario para que el Ministerio Fiscal inste, si surgen posteriormente datos que hacen dudar de la "limpieza" del consentimiento matrimonial, la correspondiente nulidad del matrimonio.

En un segundo conjunto de casos, la DGRN, tras indagar pertinentemente, descubre la clara intención simuladora en el matrimonio celebrado por español con extranjero en país extranjero. Ello conduce a apreciar, con arreglo siempre a la Ley española, la nulidad del mismo por falta de consentimiento matrimonial, denegando la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español solicitada por los contrayentes: **Res.DGRN 17 diciembre 1993**, *BIMJ*, núm.1699 de 25 febrero 1994, pp.1194-1197, **Res.DGRN 27 julio 1993**, *BIMJ* núm.1685, 1993, pp.4625-4627. Se trata de casos que, en ciertas ocasiones, han implicado incluso a contrayentes españoles que sufren alteraciones psíquicas, lo que lleva a apreciar una clara falta de auténtico consentimiento matrimonial. En otros casos, la DGRN, aplicando directamente el Derecho material español, estima que no existe un verdadero consentimiento matrimonial: **Res.DGRN 30 mayo 1995**, *RAJ*, 1995, núm.4415, relativa a un matrimonio entre español y chino celebrado en China: "*los contrayentes se conocieron por carta y que no se vieron hasta escasos días antes de la boda; que ella no habla español ni él el chino y se comunican por medio de un hermano de aquélla que actúa como intérprete; que uno y otra han vivido después del enlace en China en hoteles diferentes, y que él mismo ha reconocido que la boda no es normal (...) es lícito deducir, según las reglas del criterio humano (cf. art.1253 Cc.), que el matrimonio es nulo por simulación*". Igualmente, **Res.DGRN [3ª] 18 julio 1996**, *BIMJ*, núms.1788/89, 1997, pp.128-132; **Res.DGRN [3ª] 20 septiembre 1996**, *BIMJ*, núm.1792, 1997, pp.639-643, relativa a un matrimonio celebrado en la República Dominicana, en la que la DGRN expresa las pautas para considerar un matrimonio internacional como "matrimonio simulado", y por tanto nulo: "*ha de insistirse en todo caso que tanto por la presunción general de buena fe como porque el 'ius nubendi' es un derecho fundamental de la persona, es necesario que la convicción del fraude se forme en grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido*". En sentido similar, **Res.DGRN [5ª] 20 septiembre 1996**, *BIMJ*, núm.1792, 1997, pp.644-648, **Res.DGRN [3ª] 18 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1797, 1997, pp.1211-1215, **Res.DGRN [4ª] 18 octubre 1996**, *BIMJ*, núm.1797, 1997, pp.1215-1218, las tres sobre matrimonio celebrado en la República Dominicana.

III. Las Crisis Matrimoniales en Derecho Internacional Privado Español: Datos Generales

La reglamentación de las "crisis matrimoniales" ha estado marcada por las distintas etapas de confesionalidad y de aconfesionalidad del Estado español. La regulación actual, -plasmada en el art.107 Cc.-, responde a los principios de *aconfesionalidad del Estado* (art.16 CE), e *igualdad de los cónyuges ante la ley* (art.32 CE). La Ley 30/1981, de 7 julio 1981, reguló por vez primera la separación y divorcio en DIPr. español, tanto en lo que se refiere al Derecho aplicable (art.107 Cc.), como en lo relativo a la competencia judicial internacional (Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981). La LOPJ de 1985, sin embargo, estableció una nueva regulación de los foros de competencia judicial internacional (arts.21 y 22 LOPJ), dejando sin efecto la referida Disposición Adicional Primera de la Ley

30/1981. A los efectos que ahora interesan, también fue la Ley 30/1981, de 7 julio 1981, la que reguló por vez primera de modo específico, los efectos en España de las sentencias extranjeras de separación y divorcio (art.107.II Cc.), aspecto éste directamente relacionado con el llamado "turismo divorcista"³.

³ Sobre la "importación" de sentencias extranjeras de divorcio: A) Doctrina española: A.ALVAREZ RODRÍGUEZ: "Inscripción en el Registro civil español de las sentencias alemanas de divorcio sin necesidad de exequatur (Comentario a la Res.DGRN de 29.XI.1990)", *PJ*, 1991, núm.22, pp.193-203; M.A.AMORES CONRADÍ: "Art.107 Cc.", *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp.424-427; R.ARROYO MONTERO: "Divorcio y separación (Derecho internacional privado)", *EJB*, 1995, pp.2561-2562; A.L.CALVO CARAVACA: "Exequatur de divorcio extranjero en España: nuevas directrices del Tribunal Supremo", *RJ La Ley*, 1983, pp.251-260; Id.: *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; Id.: "Exequatur de divorcio extranjero y control de competencia legislativa", *RJ La Ley*, 1983, pp.440-445; Id.: "Competencia exclusiva, orden público y Constitución (consideraciones sobre la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca -Sala de lo civil-, de 9 diciembre 1985)", *RGD*, 1987, núms.514-515, pp.4259-4268; A.L.CALVO CARAVACA y J.M.ESPINAR VICENTE: "El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia", *RJ La Ley*, 1983, pp.1114-1125; J.A.CARRILLO SALCEDO: "La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol", *RCADIP*, 1983, vol.LXXXII, pp.1-35; J.M.ESPINAR VICENTE: "Art.107 Cc.", *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1984, pp.765-771; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS y P.ABARCA JUNCO: "Comentario al art.107 del Código civil", *Comentarios al nuevo título IV del Libro I del Código civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, pp.907-931; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS y P.ABARCA JUNCO: "Art.107 Cc.", *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del Libro primero del Código civil*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1994, pp.1331-1338; J.L.IGLESIAS BUHIGUES: "Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de divorcio", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1984*, Serv.Pub. Univ. País Vasco, 1984, pp.241-281; Id.: "La libertad nupcial como derecho fundamental de la persona en el Derecho internacional privado español", *IV Jornadas de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Granada, 1980, pp.159-176; F.RAMOS MÉNDEZ: "Ejecución en España de sentencias extranjeras de divorcio", *Justicia*, 1984, pp.519-525; J.A.TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: "Cuestiones prácticas: primera sentencia de divorcio exequaturada en España", *RJ La Ley*, 1983, pp.427-439; Id.: "Sentencia francesa de divorcio entre españoles: ¿cabe otorgar el exequatur?", *RJ La Ley*, 1983, pp.427-439; Id.: "Separación, divorcio y nulidad del matrimonio", en M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y OTROS: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Ed.Tecnos, Madrid, 1996, pp.117-145; M.L.TRINIDAD GARCÍA: "Cuestiones de divorcio en Derecho internacional privado francés y español: Algunas precisiones de un análisis comparado", *IX Jornadas de profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales*. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, pp.499-524; Id.: "Función del orden público en el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras", *RDP*, octubre 1984, pp.905-912. B) Doctrina extranjera: H.W.BAADE: "Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Government-Interest Analysis and the Restatement (Second)", *Columbia Law Review*, 1972, pp.329-359; J.BASEDOW: "La reconnaissance des divorces étrangers. Droit positif allemand et politique législative européenne", *RCADIP*, 1978, pp.470-494; M.A.BELLO ORTIZ: *Le divorce dans le Droit international privé de la République Dominicaine*, Thèse, Nice, 1972; R.V.BÉNATTAR: "L'ordre public et la reconnaissance des divorces privés", *Mélanges W.Wengler*, 1973, pp.187-202; Id.: "L'évolution récente du droit international privé tunisien en matière de divorce", *RCADIP*, 1969, pp.17-36; P.BENJAMÍN: *Le divorce, la séparation de corps et leurs effets en droit international privé français et anglais*, Paris, 1955; B.BERKOVITS: "Transcontinental divorces: the Fatima decision", *The Law and Quarterly Review*, 1988, pp.60-79; C.BERNARD: "Les problèmes posés par la demande d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps", *TCFDIP*, 1977-1978, pp.59-77; J.Y.CARLIER: "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc", *Journal des Tribunaux*, 1985, pp.102-115; Id.: "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Revue trimestrielle de droit familial*, 1991 (II), pp.165-172; G.C.CHESSIRE: "The English Private International Law of Husband & Wife", *RCADI*, vol.108, 1963, pp.115-188; P.COURBE: "Le divorce international: premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil", *TCFDIP*, 1988/1989, pp.123-140; F.CRISTIANI: "In tema di ordine pubblico e delibazione di divorzio consensuale", *RDIPP*, 1990, pp.951-960; A.DAVI: "Separazione personale", *EdD*, 1989, vol.XLI, pp.1412-1434; J.DÉPREZ: "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", *RCADI*, 1988, vol.217, pp.9-372; F.DURANTE: "Problèmes contemporains du divorce en droit international privé", *RCADI*, 1976, vol.152, pp.1-78; E.ENGDAHL: "Proposal for a Benign Revolution in Marriage Law and Marriage Conflicts Law", *Iowa Law Review*, 1969,

IV. El "Turismo Divorcista" y el Derecho Internacional Privado Español

La admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio en el Derecho español es, todavía hoy, relativamente reciente. Tras cuarenta años de inexistencia, el divorcio irrumpió en el ordenamiento jurídico español. Y, como no podía ser de otro modo, lo hizo con cautelas: un divorcio prudente, protector de la mujer, un divorcio que intenta salvaguardar a la familia, desincentivar y reducir a los inevitables, los casos de divorcio; un divorcio costoso, largo, "controlado" por las autoridades públicas y sujeto a causas tasadas.

La evolución social, sin embargo, ha circulado por otros caminos: procedente de los Estados Unidos de América, una onda de "contractualización" plena de las relaciones de familia ha dejado su huella en Europa (*the culture of*

pp.56-68; J.FLEMING: "Evasion of Law and Divorce Adjudication", *ICLQ*, 1952, pp.381-399; Jean FOYER y Jacques FOYER: "Divorce et séparation de corps", *E.Dalla: DI*, vol.1, 1968, pp.620-634; Ph.FRANCESSAKIS: "Le suprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international", *RCADIP*, vol.LXIV, 1975, pp.553-594; R.FRANK: "Le divorce en droit international privé allemand", *Travaux de l'Institut de Droit comparé*, Paris, 1980; G.GABRIELLI: "Problemi in tema si socioglimento del matrimonio a causa del divorcio ottenuto all'estero da coniuge straniero", *Studi in onore di M.Udina*, vol.II, Milán, 1975, pp.1013-1042; H.GAUDEMET-TALLON: "La désunion du couple en Droit international privé", *RCADI*, 1991, vol.226, pp.9-280; D.GORDON: "Ghulam Fatima: Extrajudicial divorces and the House of Lords", *Family Law*, 1986, pp.169-180; R.H.GRAVESON: "La nouvelle loi anglaise sur la reconnaissance des divorces et des séparation de corps", *RCADIP*, 1972, vol.LXI, pp.543-566; F.HERNANZ: "Recognition - exequatur - of Foreign Judgments, especially of US Divorce Judgments in Spain", *AJCL*, 1990, pp.567-599M; P.LAGARDE: "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.263-282; J.LISBONNE: "A propos de la loi espagnole sur le divorce: quelques réflexions de droit international privé et compare", *RDIDC*, 1981, pp.420-425; P.MERCIER: *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972; P.PAONE: "Divorzio (Diritto internazionale privato)", *EdD*, 1964, vol.XIII, pp.526-534; K.W.PATCHERTT & J.R.YOUNG: "Tourist Divorces and the Abuse of a Small State's Legal System - The Montserrat Matrimonial Causes for Foreigners Ordinance 1978", *AJCL*, vol.30, 1982, pp.654-677; P.PICONE: "I provvedimenti temporanei e urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano", *RDI*, 1994, pp.333-388; B.PLITZ: *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988; L.PRUVOST: *Le contrat de mariage*, Centre de recherche et d'information documentaire en sciences sociales et humaines, Université d'Oran, Collection Études et documents, Série Droit, núm.13, 1988, pp.5-7; F.SCHWIND: "Le divorce en droit international privé", *RCADI*, 1966, vol.117, pp.445-501; P.N.SWISHER: "Foreign Conflicts de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation", Ginebra, Droz, 1972; P.PAONE: "Divorzio (Diritto internazionale privato)", *EdD*, 1964, vol.XIII, pp.526-534; K.W.PATCHERTT & J.R.YOUNG: "Tourist Divorces and the Abuse of a Small State's Legal System - The Montserrat Matrimonial Causes for Foreigners Ordinance 1978", *AJCL*, vol.30, 1982, pp.654-677; P.PICONE: "I provvedimenti temporanei e urgenti in pendenza di separazione e di divorzio nel diritto internazionale privato e processuale italiano", *RDI*, 1994, pp.333-388; B.PLITZ: *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988; L.PRUVOST: *Le contrat de mariage*, Centre de recherche et d'information documentaire en sciences sociales et humaines, Université d'Oran, Collection Études et documents, Série Droit, núm.13, 1988, pp.5-7; F.SCHWIND: "Le divorce en droit international privé", *RCADI*, 1966, vol.117, pp.445-501; P.N.SWISHER: "Foreign Migratory Divorces: A Reappraisal", *Journal of Family Law*, vol.21, 1982-1983, pp.9-52; K.D.SELL: "Divorce Advertising - One Year After Bates", *Family Law Quarterly*, 1978/79, vol.12, p.279; M.STERCKX: "Le divorce entre étrangers fondé sur la séparation judiciaire", *Revue du Notariat belge*, 1978, pp.334-341; I.VIARENGO: "In tema di legge regolatrice del divorzio e localizzazione del rapporto matrimoniale", *RDIPP*, 1994, pp.303-318; T.WENDELS: "The New Dutch Private International Law Legislation Regarding the Law to be Applied to International Divorce and Recognition of Divorces Granted Abroad", *NILR*, 1982, pp.401-428.

divorce)⁴. Y también en España se tiende, socialmente, a considerar cada vez con mayor énfasis, al matrimonio como un mero contrato, que lo mismo se celebra que se termina por mutuo disenso, sin intervención alguna de la Autoridad... Sin embargo, la realidad legal del divorcio en España sigue anclada en las coordenadas de los comienzos de los años ochenta: un divorcio restringido, controlado, lento y poco económico. Así las cosas, la práctica ha comenzado a poner de relieve que numerosos españoles, -y con especial énfasis, pero no exclusivamente, los casados con extranjeros-, prefieren acudir a tribunales extranjeros con el fin de obtener un divorcio regulado por Leyes extranjeras, más adaptadas a la realidad social de nuestros días. En suma: una "libre competencia" entre las Leyes que regulan el divorcio en los distintos países privilegia y beneficia a las Leyes más liberales.

Sería, sin embargo, poco acertado pensar que nuestro DIPr. permanece con los ojos cerrados ante esta realidad. Ello no es así. Ahora bien: debe quedar claro que el legislador español no se ha mostrado propicio a alterar su *Ley del divorcio* para adaptarla a las nuevas circunstancias. Lo que se ha realizado, -y más por obra de la jurisprudencia que por pluma del legislador-, es un cambio en orden a una muy amplia recepción en España de sentencias de divorcio dictadas en países extranjeros. Esta "actitud receptiva" se aprecia en cuatro datos importantes:

⁴ Sobre el proceso de "contractualización del matrimonio": A.CHERLIN: *Marriage, Divorce, Remarriage*, Cambridge, Harvard University Press, 1981; H.H.CLARCK: *The Law of Domestic Relations in The United States*, 2ª ed., St.Paul, 1988, pp.25-50; K.DAVIS: "The Meaning and Significance of Marriage in Contemporary Society", en K.DAVIS (ed.): *Contemporary Marriage*, Nueva York, Russel Sage Foundation, 1985, pp.5-26; M.A.GLENDON: "La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux États Unis", en *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruxelles, 1978, pp.11-29; P.C.GLICK & G.B.SPANIÉ: "Married and Unmarried cohabitation in the United States", *Journal of Marriage and the Family*, febrero 1980, vol.42, pp.19-30; A.HOLSTEIN / J.F.GUBRIUM: "Constructing Family: Descriptive Practice and Domestic Ower", en T.R.SARTIN / J.I.KITSUSE (eds.): *Constructing the Social*, Sage, London, 1994, pp.232-250; S.LANGLOIS / S.DEL CAMPO (dirs./eds.): *Convergencia o divergencia? Comparación de tendencias sociales recientes en las sociedades industriales*, Fundación BBV, Madrid, 1995; Y.LEQUETTE: "De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille", *Mélanges Loussouarn*, 1993, pp.245-263; E.D.MACKLIN: "Non-traditional Family Forms: A Decade of Research", *Journal of Marriage and the Family*, 1980, vol.42, núm.4, pp.905-922; L.MENGGONI: "La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano", en *La famiglia crocevia della tensione tra pubblico e privato*, Milano, 1979, pp.269-299; M.T.MEULDERS-KLEIN: "L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: De l'institution au contrat, et au-delà", en R.GANCHOFER: *Le Droit de la famille en Europe. Actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Estrasburgo, 1992, pp.200-225; V.MIKESSELL: "Evolution and Revolution in Family Law", *St.Mary's Law Journal*, vol.25, 1993, pp.405-424; R.NAVARRO VALLS: *Matrimonio y Derecho*, Ed.Tecnos, 1995; S.NOCK: "The Separation of Sex, Generation and Genetics From Paranthood", *The Tocqueville Review*, vol.X, 1989/1990, pp.113-134; G.PARDER: *Il matrimonio nel mondo*, 2ª ed., Padua, 1986; J.L.PINILLAS: "La deconstrucción del sujeto en el pensamiento postmodernista", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, vol.XLVI, núm.71, 1994, pp.55-85; N.PÉREZ CÁNOVAS: *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Ed.Comares, Granada, 1996, esp.pp.106-132; V.POCAR: "Transformazioni delle famiglie e regolazione sociale. Osservazioni comparative", *Forme delle famiglie, forme del diritto: mutamenti della famiglia e delle istituzioni nell'Europa occidentale*, a cura di V.POCAR y P.RONFANI, Milano, 1991, pp.180-202; D.POPENOE: *Disturbing the Nest. Family Change and Decline in Modern Societies*, Aliden de Gruyter, Nueva York, 1988; L.ROUSSEL: "Mariages et divorces: contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux", *Population*, noviembre-diciembre, 1980, pp.1025-1040; Id.: "La famille en Europe Occidentale: Divergences et convergences", *Population*, núm.1, 1992, pp.133-152; Id.: *La famille incertaine*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1989; L.C.THURROW: "La familia tradicional está en proceso de extinción", *dEP*, 3 febrero 1997, p.11; J.L.WEITZMAN: *The Marriage Contract. Spouses, Lovers and The Law*, Riverside (New Jersey), The Free Press, 1980.

1º) No se controla la Ley que el "tribunal de origen" aplicó para acordar el divorcio. En un momento inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 julio, el TS entendió que el art.107.I Cc. debía operar como "cláusula de control de la Ley aplicada" por el tribunal de origen de la resolución extranjera (vid. ATS 14 julio 1982; ATS 23 septiembre 1982; ATS 5 octubre 1982; ATS 9 diciembre 1982; ATS 27 mayo 1985). Así, para obtener en España el *exequatur* de una sentencia de divorcio extranjera, el tribunal extranjero debía hacer aplicado la misma Ley que, en un caso igual, habría aplicado un tribunal español, es decir, la Ley a la que remite el art.107.I Cc.⁵ El TS acentuó esta práctica cuando los cónyuges ostentaban, ambos, la nacionalidad española, para evitar que pudieran "escapar" a las Leyes españolas sobre divorcio. Pero ya en 1982, el TS cambió radicalmente su postura: si el art.10.7.II Cc. remite, sencillamente, a los arts.951-958 LEC, -normas generales sobre reconocimiento de sentencias extranjeras en España-, y estos preceptos no exigen un "control de la competencia legislativa", éste no deberá practicarse⁶. Así puede apreciarse en el ATS (Sala 1ª) de 21 octubre 1982, ATS (Sala 1ª) de 1 junio 1982. La jurisprudencia posterior ha confirmado este criterio, con alguna excepción no relevante (ATS [Sala 1ª] de 5

⁵En torno al control de la competencia legislativa en materia de *exequatur* de sentencias de divorcio en España: A.L.CALVO CARAVACA: "Exequatur de divorcio extranjero en España: nuevas directrices del Tribunal Supremo", *RJ La Ley*, 1983, pp.251-260; Id.: *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, Tecnos, 1986; Id.: "Exequatur de divorcio extranjero y control de competencia legislativa", *RJ La Ley*, 1983, pp.440-445; Id.: "Competencia exclusiva, orden público y Constitución (consideraciones sobre la sententia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca -Sala de lo civil- de 9 diciembre 1985)", *RGD*, 1987, núms.514-515, pp.4259-4268; A.L.CALVO CARAVACA y J.M.ESPINAR VICENTE: "El control de la competencia judicial internacional del Tribunal de origen de la sentencia", *RJ La Ley*, 1983, pp.1114-1125; A.L.CALVO CARAVACA y M.VIRGÓS SORIANO: "Nota a los ATS (Sala 1ª) de 19 enero 1981; ATS (Sala 1ª) de 3 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 20 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 1 junio 1982; ATS (Sala 1ª) de 14 julio 1982; ATS (Sala 1ª) de 23 septiembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 5 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 21 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 29 noviembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 9 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982", *REDI*, 1983, vol.XXXV, pp.504-511; J.C.FERNÁNDEZ ROZAS: "Nota al ATS (Sala 1ª) de 29 enero 1981, ATS (Sala 1ª) de 7 marzo 1981, ATS (Sala 1ª) de 30 abril 1981", *REDI*, 1982, vol.XXXIV, pp.498-503; M.AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: "Nota a distintos autos del TS (Sala 1ª) en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio", *REDI*, 1984, vol.XXXVI, pp.651-656; M.A.AMORES CONRADI: "Nota a distintos autos del TS en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras de divorcio", *REDI*, 1986, vol.XXXVIII, pp.234-258, concr. pp.255-256; J.A.TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: "Separación, divorcio...", 1996, pp.135-137; F.J.GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "Nota al ATS (Sala 1ª) de 2 junio 1989 y ATS (Sala 1ª) de 5 mayo 1989", pp.209-211; A.REMIRO BROTONS: *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, Ed.Tecnos, 1974, pp.240-251.

⁶En lo concerniente al "abandono" de la competencia legislativa exclusiva del Estado sobre sus nacionales: A.T.VON MEHREN: "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements...", 1980, pp.1-112; F.SCHWIND: "Le divorce en droit international privé", *RCADI*, 1966, vol.117, pp.445-501; M.VIRGÓS SORIANO: "Nota al ATS (Sala 1ª) de 19 enero 1981; ATS (Sala 1ª) de 3 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 20 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 1 junio 1982; ATS (Sala 1ª) de 14 julio 1982; ATS (Sala 1ª) de 23 septiembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 5 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 21 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 29 noviembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 9 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982", *REDI*, 1983, vol.XXXV, p.510; L.ROUSSEL: "Mariages et divorces: contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux", *Population*, noviembre-diciembre, 1980, pp.1025-1040; Id.: "La famille en Europe Occidentale: Divergences et convergences", *Population*, núm.1, 1992, pp.133-152; P.ABARCA JUNCO: "Nota a la STS (Sala 1ª) de 6 abril 1979", *REDI*, 1980, pp.228-229.

mayo 1989, en un caso de nulidad matrimonial. Por otra parte, aunque existen ciertos convenios internacionales vigentes para España que prevén un "control de la Ley aplicable" en materias de separación y divorcio", también es cierto que permiten no practicarlo en determinados casos. Así lo ha confirmado nuestra jurisprudencia: **ATS (Sala 1ª) de 24 octubre 1979** y **Res.DGRN 2 julio 1990**. Al permitir que las partes obtengan su divorcio en un país extranjero y obtengan su reconocimiento posteriormente en España, el ordenamiento español admite una especie de "elección oculta de Ley aplicable". Ello conecta con el abandono de una vieja idea gestada en la Estatutaria italiana: el ejercicio de Soberanía, por parte del Estado, y de modo absoluto, sobre "sus nacionales" (A.T.VON MEHREN, F.SCHWIND, L.ROUSSEL).

2º) *Práctica desaparición del "orden público internacional" a la hora de obtener el exequatur de sentencias extranjeras de divorcio en España.* El "orden público internacional", se estructura en la actualidad en torno a los principios constitucionales, pero aparece desprovisto de toda hostilidad contra las Leyes extranjeras proclives al divorcio. La jurisprudencia española ha atravesado varias etapas en las que se puede apreciar cómo esta excepción ha perdido el peso que tenía en épocas precedentes. En efecto, el *orden público internacional español* sólo actúa en casos auténticamente excepcionales contra el *exequatur* de sentencias extranjeras de divorcio. Obtienen el *exequatur*, sin discusión, las sentencias extranjeras en las que se dictan "divorcios consensuales" o "divorcios por mutuo acuerdo": **ATS (Sala 1ª) de 19 enero 1981**, **ATS (Sala 1ª) de 20 mayo 1982**, **STS (Sala 1ª) de 6 abril 1979**. Se concede a las sentencias extranjeras de divorcio, los mismos efectos que les otorga la Ley del país cuyos tribunales las han dictado: **Res.DGRN de 8 septiembre 1990**, **ATS [Sala 1ª] de 27 noviembre 1990**, aunque en ciertos supuestos, esta "tesis de extensión de los efectos" no haya sido observada (**ATS [Sala 1ª] de 28 junio 1988**, **ATS [Sala 1ª] de 28 noviembre 1990**). Incluso, el TS ha otorgado el *exequatur* a una sentencia extranjera de divorcio que no concretaba la *causa del divorcio*: **ATS [Sala 1ª] de 7 enero 1992**: "...a pesar de la falta de expresión concreta de la causa de disolución empleada por el tribunal británico (se expresa de modo muy general), el principio de equivalencia de resultados, permite soslayar los inconvenientes". En fin, el TS ha rechazado las tesis de ciertos autores que habían sostenido que las normas materiales españolas que regulan las "causas de divorcio", eran "normas materiales imperativas", aplicables a todo supuesto internacional.

3º) *Control "razonable" de la competencia del juez de origen de la sentencia de divorcio.* En nuestro nuestro DIPr., la materia matrimonial no pertenece al catálogo de materias exclusivas, materias de las que sólo los tribunales españoles pueden conocer, salvo ciertas cuestiones relativas a la validez de ciertas inscripciones en el Registro. El TS requiere, solamente, que la competencia judicial internacional del juez de origen sea *razonable*, lo que realiza mediante una "bilateralización" del art.22 LOPJ: **ATS 13 diciembre 1984**, **ATS 11 julio 1984**, **ATS 24 septiembre 1984**, **ATS 17 diciembre 1985**; **ATS 24 diciembre 1985**; **ATS de 25 febrero 1986**, **ATS 6 abril 1986**, **ATS 7 abril 1986**, y **ATS 23**

septiembre 1982, entre otros muchos. Este sistema podría perfeccionarse, dado que es perfectamente posible que existan criterios de competencia judicial internacional "razonables" en el Derecho del Estado de origen de la sentencia.

4º) *Auge del sistema de "reconocimiento incidental".* Algunas sentencias extranjeras, -*ad ex.* las dictadas de Alemania-, se benefician de regímenes convencionales "favorables". Tales sistemas se basan en el llamado *reconocimiento incidental*⁷. No existe un "procedimiento especial" ante el TS. Este sistema permite la inscripción de las sentencias extranjeras, en su caso, en el Registro Civil español sin necesidad de un previo *exequatur* -*vid.* **Res.DGRN 2 julio 1990** y **Res.DGRN 29 noviembre 1990**). El Encargado del Registro debe valorar el "reconocimiento" de la sentencia de divorcio extranjera antes de proceder a la inscripción.

En suma, el DIPr. español permite la "elección de tribunal competente". -*Forum Shopping*-, y la posterior "introducción" de la sentencia extranjera en España⁸. El divorcio dictado por un tribunal extranjero, -que aplicó una Ley estatal distinta a la que hubiera aplicado un juez español-, acaba por ser válido y por producir efectos en España. Como antes se ha avanzado, los cónyuges han elegido, combinando *Forum Shopping* y *liberalización del exequatur*, la Ley aplicable al divorcio. Y este proceso es admitido por el DIPr. español. Existe, por tanto, una

⁷ Sobre el sistema del reconocimiento incidental y las sentencias extranjeras de divorcio en España: *vid.* **ATS (Sala 1ª) de 16 junio 1988**, **REDI 1989**, vol.XLI, pp.296-297 y *nota* sin firma; J.LABRADOR ENCINAS: "Nota a la Res.DGRN de 2 julio 1990 (*BIMJ*, núm. 1580, 1990, pp.108-111)", **REDI**, 1991, vol.XLIII, pp.215-219; E.FERNÁNDEZ MASÍ: "Nota a la Res.DGRN de 18 marzo 1994, (*BIMJ*, núm.1707, pp.49-51)", **REDI**, 1995, vol.XLVII, pp.224-226; J.L.MANZANARES SAMANIEGO: "El Convenio entre España y la RFA sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 13 nov.1983", *PJ*, núm.34, 1994, pp.194-205.

⁸ Técnicamente los *matrimonios de conveniencia* constituyen una manifestación de fraude a la ley, un género más amplio que el *forum shopping*, una especie -de la que el *turismo divorcista* es una subespecie, cuyo rasgo diferencial estriba en que el fraude, *lato sensu*, al ordenamiento jurídico se lleva a cabo mediante la incoación de un proceso contencioso ante tribunales de otro Estado. Fraude a la ley (o Derecho matrimonial) de un Estado, matrimonio de conveniencia y divorcios de *paraísos divorcistas* son, a su vez, manifestaciones diversas -cualificadas por la nota de su internacionalidad- de un fenómeno más amplio: el del *abuso del derecho* en el matrimonio (Sobre este último, *vid.* P. WYSK, *Rechtsmissbrauch und Eherecht*, Bielefeld, Gieseking, 1994). Quizá debieran recordarse, en estos casos, las palabras de Lord Simon of Glaisdale: "Forum shopping is a dirty word; but it is only a pejorative way of saying that, if you offer a plaintiff a choice of jurisdictions, he will naturally choose the one in which he thinks his case can be most favourably presented: this should be a matter neither for surprise nor for indignation" (The Atlantic Star, 1974 App. Cas. 436, 471). En general, sobre el *forum shopping*, *vid.* *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada, Editorial Comares, 1997, pp. 372-378, concr. 374-375, y bibliografía allí indicada: Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, Tel Aviv, Lidor Print. Press, 1954; J. DOLINGER, *Derecho Internacional Privado (Parte Geral)*, 2ª de., Rio de Janeiro, 1993, pp. 355-370, concr. pp. 358-359; M. GUBLER, *Gesetzesumgehung im internationalen Eheschließungsrecht der Schweiz*, Zürich, Lang, 1941; D. JASPER, *Forum shopping in England und Deutschland*, Berlin, Duncker u. Humblodt, 1990; A. F. LOWENFELD, "Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigations". *AJIL*, vol. 91, 2, 1997, pp. 314-324; B.A. WORTLEY, "Forum shopping", en *Liber amicorum Ernst J. Cohn, Festschrift für Ernst J. Cohn zum 70 Geburtstag*, Heidelberg, Verlagsges. Recht u. Wirtschaft, 1975, pp. 197-201.

"autonomía de la voluntad oculta" (C.FULTON, Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL, P.GANNAGÉ, J.Y.CARLIER, P.M.NORTH...)⁹.

⁹ Por lo que se refiere a la llamada elección "oculta" de la Ley aplicable al divorcio: A) Estudios generales: J.Y.CARLIER: *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; P.GANNAGÉ: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *RCDIP*, 1992, vol.LXXXI, pp.425-454; M.GORÉ: "De la mode... dans les successions internationales: contre les prétentions de la *Professio juris*", *Mélanges Loussouarn*, 1993, pp.193-201; D.HENRICH: "Die Rechtswahl im deutschen internationalen Familienrecht", *Conflict and integration. Comparative Law in the World Today*, Chou University, 1988, pp.561-575; U.KÖTTTERS: *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen. Ein Vergleich des deutschen und US amerikanischen internationalen Familien und Erbrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1989; P.LAGARDE: "La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions", *RCDIP*, 1989, vol.78, pp.249-275; A.E.von OVERBECK: "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.619-636; Id.: "La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol.II, Gent, 1965, pp.1085-1112; Id.: "La théorie des règles de conflit facultatives et l'autonomie de la volonté", *Festschrift für F.Vischer zum 60.Geburstag*, Zurich, 1983, pp.257-262; R.VAN ROOIJ: "Note: Pays Bas - divorce - conflits de lois Jugements étrangers", *RCDIP*, 1981, pp.809-814; I.SCHWANDER: "Subjektivismus in der Anknüpfung im Internationalen Privatrecht", *Études de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, 1993, pp.181-190; F.SCHWIND: "Die Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der resolution des Institut de droit international von 1991", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1992, pp.101-108; K.SIEHR: "Die parteiautonomie in Internationalen Privatrecht", *Festschrift für M.Keller zum 65.Geburstag*, Zurich, 1989, pp.485-510; F.STURM: "Die parteiautonomie im schweizerischen IPR-Gesetz", *Festschrift für Hans Geiger*, Berna, 1989, pp.673-694; Id.: "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", *RCDIP*, vol.LXXXVI, 1987, pp.33-76; Id.: "Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht", *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, pp.637-658; R.VAN DER ELST: "Liberté, respect et protection de la volonté en Droit international privé", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp.507-516; N.WATTÉ: "L'autonomie de la volonté dans les conventions de La Haye", *Revue belge de droit international*, 1991, vol.XXIV, pp.413-437. B) En concreto sobre el "turismo divorcista": C.FULTON: "Caribbean Divorce for Americans: Alternative or Obsolescent Institution?", *Cornell International Law Review*, 1976/77, núm.10, pp.116-133; K.W.PATCHERTT & J.R.YOUNG: "Toruist Divorces and the Abuse of a Small State's Legal System - The Montserrat Matrimonial Causes for Foreigners Ordinance 1978", *AJCL*, vol.30, 1982, pp.654-677; F.K.JUENGER, en el coloquio contenido en *Principios, objetivos y métodos...*, 1995, p.75; Y.LOUSSOUARN / P.BOUREL: *DIPrivé*, 1994, pp.342-344; F.SCHWIND: "Le divorce en droit...", 1966, pp.471-481; P.MAYER: *DIPrivé*, 1994, pp.177-179; P.M.NORTH: "Development of rules of private international law in the field of family law", *RCADI*, 1980-1, vol.166, pp.9-118, esp. pp.82-88; E.JAYME: "Identité culturelle et intégration...", 1995, pp.156-157; P.HAY: "Die Anwendung US-amerikanischer jurisdiction-Regeln als Verweisungsnorm bei Scheidung von in Deutschland wohnhaften Amerikanern", *IPRax*, 1988, pp.265-271; D.ALEXANDRE: *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, LGDJ, 1970, pp.304-306; J.BASEDOW: "La reconnaissance des divorces...", 1978, pp.474-480; A.L.CALVO CARAVACA: *La sentencia extranjera en España...*, 1986, pp.37-44; Id.: "Nota al ATS (Sala 1ª) de 19 enero 1981; ATS (Sala 1ª) de 3 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 20 mayo 1982; ATS (Sala 1ª) de 1 junio 1982; ATS (Sala 1ª) de 14 julio 1982; ATS (Sala 1ª) de 23 septiembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 5 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 21 octubre 1982; ATS (Sala 1ª) de 29 noviembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 9 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982; ATS (Sala 1ª) de 10 diciembre 1982", *REDI*, 1983, vol.XXXV, p.506; M.A.BELLO ORTIZ: *Le divorce dans le Droit international privé de la République Dominicaine*, Thèse, Nice, 1972, pp.135-146 y 205-206, citada por A.L.CALVO CARAVACA: *La sentencia extranjera en España...*, 1986, p.37, nota [146]; K.D.SELL: "Divorce Advertising - One Year After Bates", *Family Law Quarterly*, 1978/79, vol.12, p.279; P.N.SWISHER: "Foreign Migratory Divorces: A Reappraisal", *Journal of Family Law*, vol.21, 1982-1983, pp.9-52; J.BASEDOW: "La reconnaissance des divorces...", 1978, pp.474-480; H.W.BAADE: "Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental-Interest Analysis and the Restatement Second", *Columbia Law Review*, vol.72, 1972, pp.333-345; J.D.GONZÁLEZ CAMPOS: "Nota al AJPI núm.17 Barcelona de 24 noviembre 1981, y AJPI núm.14 de Barcelona de 20 febrero 1982", *REDI*, 1983, vol.XXXV, pp.514-516; J.Y.CARLIER: "Le respect du statut personnel musulman [De quel droit, par quel droit?]", en *Le statut personnel des musulmans (Droit comparé et droit international privé)*, Bruylant, Bruxelles, 1992, pp.385-395; Id.: "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Revue trimestrielle de droit familial*,

Esta elección "oculta" de Ley aplicable al divorcio opera sobre una regla de "Ley aplicable" determinada. En efecto, al mayoría de los países siguen, para fijar la "Ley aplicable" al divorcio en casos internacionales, la llamada *Jurisdiction Rule (Lex Fori in Foro Proprio)*. De este modo, el tribunal extranjero aplica la Ley del Estado al que pertenece para conceder el divorcio, y, como se ha examinado, dicha sentencia de divorcio podrá, sin dificultades, ser introducida en España ganando el correspondiente *exequatur*. Este proceso de "elección oculta" de la Ley aplicable al divorcio, es reflejo de la contractualización del DIPr. matrimonial: el matrimonio deja de ser una relación regulada por el Estado, -una "institución"-, para reforzar su perfil privado o contractual.

Estas nuevas líneas de evolución del DIPr. matrimonial español no son, sin embargo, dignas de excesivos elogios. Benefician a los sujetos con mayores recursos económicos y perjudican a quienes tienen una situación económica más precaria. La posibilidad de litigar ante un tribunal extranjero sólo está al alcance de determinadas personas. Por ello, sería más justo admitir, directamente, ante el tribunal español, que las partes eligieran la "Ley aplicable" al divorcio en los casos internacionales". Se evitaría el litigio en el extranjero y un *exequatur* posterior en España: sería una opción disponible para todos los sujetos, y se evitarían, en mayor medida, los casos de internacionalización ficticia de la situación. Así lo ha afirmado A.E.von OVERBECK: "Serait-il plus choquant de permettre aux époux de fixer d'avance la loi applicable à leur divorce éventuel, et, ce qui es encore plus utile, le for compétent, plutôt que de se résigner au *forum shopping* et à d'autres abus au moment où la question devient actuelle?".

1991 (II), pp.165-172; Id.: *Autonomie de la volonté...*, 1992, pp.328-330; F.STURM: "Die parteiautonomie im schweizerischen IPR-Gesetz", *Festschrift für Hans Geiger*, Berna, 1989, pp.673-694; Id.: "Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", *RCDIP*, vol.LXXXVI, 1987, pp.33-76; Id.: "Parteiautonomie als bestimmender Faktor in internationalen Familien und Erbrecht", *Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, pp.637-658.

PLUS ÇA CHANGE, PLUS C'EST LA MÊME CHOSE*

*Cristiana Vianna Veras***

1 - Introdução

"*Plus ça change, plus c'est la même chose*" não é apenas uma monografia de final de curso para a obtenção de um diploma de bacharel em Direito. "*Plus ça change, plus c'est la même chose*" é, sobretudo, a oportunidade de olhar para trás e, às vésperas da formatura, rever o significado desses cinco anos de estudo. Olhar para trás e reconhecer o que foi oferecido para a minha futura formação profissional. Olhar para trás e perceber as lacunas que sozinho terei de suprir para ingressar em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo. Olhar para trás e, com base em minha experiência, analisar os avanços (e deficiências) da reforma do ensino jurídico introduzida pela edição da Portaria 1.886/94, que fixou novas diretrizes curriculares e um novo conteúdo mínimo para o curso jurídico.

Este olhar retrospectivo (e prospectivo) sente-se particularmente inibido por dois fatores. Em primeiro lugar, a reforma que recém entrou em vigor (março de 1997) é o resultado de um longo debate entre especialistas do ensino do Direito¹, profissionais com uma longa experiência nesta área. Em segundo lugar, resultados concretos introduzidos pela reforma ainda não são conhecidos e, portanto, ainda não estão disponíveis para uma avaliação crítica. Mesmo assim, a minha proximidade em relação ao curso jurídico, se por um lado envia a percepção de aluna, por outro lado permite trazer para este debate um olhar a partir de uma outra perspectiva, talvez distinta da informada pelos especialistas do ensino do Direito.

* Versão revisada da monografia classificada em 2º lugar, categoria universitários, no Concurso Nacional. Esta monografia foi orientada pela Professora Eliane Junqueira, com quem trabalhei como bolsista do PIBIC em um projeto sobre ensino jurídico, a partir do qual decidi elaborar essa monografia.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio em 1997.

¹ Particularmente os trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Comissão de Especialistas do Ensino do Direito do MEC.

Considerando, portanto, que a única contribuição possível para o debate sobre a reforma do ensino jurídico deriva deste olhar de aluna, esta monografia às vezes afasta-se da abordagem mais distanciada da academia, para permitir que as minhas experiências em uma faculdade de Direito e as minhas opiniões de bacharelanda sejam intercaladas com referências a estudos realizados pelos especialistas na área. Fundamentalmente, procurarei ao longo desta monografia responder determinadas perguntas: quem somos, nós os estudantes de Direito? O que buscamos na faculdade? O que a faculdade tem nos oferecido? Quais as nossas expectativas profissionais? Que pontos devem ser pensados pelos responsáveis pela implantação do novo currículo de Direito? E qual a responsabilidade das instituições estatais e da sociedade civil, representada fundamentalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil, na avaliação do desempenho das faculdades de Direito?

Recentemente, com o intuito de elevar a qualidade do ensino jurídico, o currículo mínimo foi modificado pela edição da Portaria 1.886/94. No entanto, como será visto ao longo da monografia, mais importante do que elevar a qualidade do ensino através de resoluções e portarias, é a mudança de comportamento e mentalidade daqueles envolvidos com o mundo do Direito. A história dos cursos jurídicos já mostrou que não adiantam reformas no papel. As portarias, leis e resoluções são "letras mortas" se não houver, concomitantemente, uma mudança de atitudes. O notório pacto de silêncio entre o corpo discente e o corpo docente, no qual os alunos fingem que aprendem e os professores representam que ensinam, deve ser abolido. Nas palavras de Alvaro Melo as reformas fundamentadas em modificações curriculares nada valem, pois,

a nova formatação do currículo jurídico é apenas medida instrumental que deve levar à revisão da própria mentalidade dos professores na apreensão e transmissão das transformações da ordem jurídica, induzindo a uma didática que converta o aluno de espectador em participante ativo e o conduza ao conhecimento efetivo do processo de formação e aplicação do Direito em uma era de dominante mutação sócio-econômico-política da sociedade brasileira².

Ou, na lição de Cohen "*the process of revising a law school's curriculum is an important and worthwhile endeavor, perhaps subtly, to induce the participants to rethink what they do in class and how their work relates to the goals of institution*"³.

² Melo Filho, Alvaro. "Currículos Jurídicos: Novas Diretrizes e Perspectivas". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares, Brasília, OAB, 1996, p. 45.

³ "O processo de revisão do currículo das escolas de Direito é uma obrigação importante e geral, talvez sutil, para induzir os alunos a repensarem o que fazem nas aulas e como seus trabalhos se relacionam com os objetivos da instituição". Cohen, L. S.. "The future of legal education". 68 Minnesota Law Review 945 (1991).

Desta forma, é fundamental entender a nova Portaria a partir de outras medidas referentes à formação do profissional de Direito implementadas nos últimos anos, tais como o novo Estatuto da Advocacia que, promulgado também no ano de 1994 pela Lei 8.906, introduziu a obrigatoriedade do Exame de Ordem⁴, e o Código de Ética e Disciplina, que foi aprovado e editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 1995, substituindo o antigo Código de Ética Profissional que datava de 1934.

Além desses dois novos instrumentos relacionados ao exercício da advocacia a Lei 9.131, de 24 de dezembro de 1995 introduziu o Exame Nacional de Cursos, que objetiva avaliar, periodicamente, os cursos e instituições de nível superior com o objetivo de estimular um melhor desempenho dos cursos jurídicos. Este exame é, portanto, uma ferramenta de pressão para que as instituições invistam mais nos seus cursos, como, por exemplo, contratando profissionais mais preparados⁵ e ampliando o acervo bibliográfico. Afinal, como formanda (e formanda de uma faculdade avaliada com C no primeiro Exame Nacional de Cursos, realizado em 1996) posso com certeza testemunhar que nenhum bacharelado gostará de ter estudado, durante pelo menos cinco anos, e ver a sua faculdade "reprovada" no exame.

2 - O Perfil do Bacharel em Direito

Um primeiro aspecto para se analisar os cursos jurídicos no Brasil e a possibilidade de sucesso da nova reforma refere-se ao perfil do estudante de Direito. Quem somos nós?

No momento de sua criação pela lei de 11 de agosto de 1827, as escolas de Direito buscavam atender aos interesses de uma elite que via o curso jurídico como instrumento de consolidação de uma estrutura político-administrativa e ideológica para um Brasil recém-independente. Segundo Joaquim Falcão, "a criação dos cursos jurídicos confunde-se com a formação do 'Estado Nacional'⁶. Na verdade, a criação das escolas de Direito foi uma opção política, com a dupla função de sistematizar a ideologia político-jurídica do liberalismo e formar a burocracia, composta pelos futuros bacharéis, que operacionalizasse esta ideologia⁷. Naquela época, o curso de Direito formava Bentinho (*D. Casmurro*) e

⁴ Com exceção das hipóteses previstas nos incisos do artigo 7º da Resolução 02/94, que estabelece as disposições transitórias relativas à aplicabilidade da Lei 8.906/94.

⁵ Segundo dados disponíveis, apenas 15% dos docentes na faculdade de Direito têm pós-graduação *stricto sensu*. Sobre a problemática da capacitação docente, v. Adeodato, João Maurício. "Ensino Jurídico e Capacitação Docente". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Op. cit., p. 83/87.

⁶ Considerações mais aprofundadas sobre a trajetória histórica do ensino jurídico podem ser encontradas em Venancio Filho, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo. São Paulo, Perspectiva, 1982; Falcão, Joaquim. Os Advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho. Recife, Massangana, 1984; Faria, José Eduardo. A Reforma do Ensino Jurídico. Porto Alegre, Sergio Fabris, 1987; Rodrigues, Horácio Wanderlei. Ensino Jurídico: Saber e Poder. São Paulo, Acadêmica, 1988.

⁷ Falcão, Joaquim. "Os cursos jurídicos e a formação do Estado Nacional." In: Os advogados: ensino jurídico e mercado de trabalho. Op. cit., p.15.

outros personagens do século XIX que compartilhavam a mesma falta de vocação para o mundo das leis e que viam no diploma apenas uma "carta de alforria"⁸.

Até 1972, quando foi editada a Resolução 03/72, qualitativamente quase nada mudou nos cursos jurídicos. Com a reforma então realizada, inova-se (no papel, mas não na prática) ao se introduzir uma certa flexibilização, embora tímida, no currículo mínimo, permitindo uma adaptação às peculiaridades regionais e ao mercado de trabalho. Ainda que esta medida objetivasse relacionar o ensino jurídico à realidade, a desvinculação permaneceu e impera até os dias de hoje. Para Horácio W. Rodrigues, chama atenção no sistema implantado por esta Resolução o fato de que "tanto por parte daqueles que a ele são favoráveis, como por parte daqueles que o criticam, há um desfecho comum: a reforma não resolveu os problemas do ensino jurídico. Os motivos são diversos, ou ela não introduziu as mudanças estruturais necessárias, ou não foi devidamente aplicada, a conclusão é idêntica."⁹

A partir dos anos setenta, inicia-se a criação desenfreada de novas faculdades e cursos de Direito, uma das principais causas do declínio da qualidade do ensino jurídico¹⁰. Se por um lado, no âmbito educacional não se vislumbrou nenhuma mudança, senão para agravar ainda mais o estado de decadência do ensino jurídico, por outro, a modificação da estrutura social saltava aos olhos. Os discentes já não eram somente filhos da elite, mas também da classe média, que viam nos cursos jurídicos, não só uma oportunidade de inserção no mercado de trabalho, mas também um meio de ascensão na estratificada hierarquia social.

A heterogeneidade dos estudantes de Direito, resultado principalmente das modificações introduzidas pela reforma do ensino superior dos anos sessenta, com interesses e expectativas distintas, contribui, portanto, em muito para os impasses vividos pelo curso de Direito. De acordo com a pesquisa realizada por ocasião do primeiro Exame Nacional de Cursos¹¹, 50.3% dos futuros profissionais desejam se empregar na área, enquanto 36.7% dos analisados ou querem manter-se empregados na mesma organização na qual já desempenhavam atividades profissionais ou pretendem montar negócio próprio.

⁸ Junqueira, Eliane. "O Bacharel de Direito no Século XIX: Herói ou Anti-Herói?". *Luso-Brazilian Review*, Madison, 34 (1): 77-93, summer 1997.

⁹ Rodrigues, Horácio Wanderlei. Op. cit., p.33.

¹⁰ Venâncio Filho esclarece que "o estabelecimento de novas escolas levou à tendência a um sentimento generalizado de considerar que o aparecimento dessas escolas seria responsável pelo declínio do ensino jurídico (...) esquecendo-se sempre de que só é possível estar em decadência aquilo que alguma vez já foi melhor". Venâncio Filho, Alberto. "Análise histórica do ensino jurídico no Brasil". In: *Encontros da UnB*. Brasília, UnB, 1979, p.18.

¹¹ Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais. *Quem é e o que pensa o graduando*. Brasília, Instituto, 1997, p. 25.

Muitos estudantes escolhem o Direito pela possibilidade que vêm no curso, e conseqüentemente no diploma, de inserção profissional, mas sem deixar de lado as "humanidades". Nas palavras de Eliane Junqueira¹²,

O curso de direito, embora permita implementação de projetos de vida vinculados ao cultivo da reflexão e da educação pessoais, não estigmatiza com um status social degradado como a filosofia, ciências sociais, letras, história. Ainda que esses cursos caracterizem-se por uma maior ênfase humanista, com certeza não apresentam o mesmo nível de profissionalização - no sentido de prestígio e compensação financeira - que o direito, carreira que, além de permitir uma futura vida acadêmica, para os interessados em pesquisa e docência, abre outras possibilidades de inserção profissional, como, por exemplo, advocacia ou um emprego público.

A referida pesquisa também fornece indicações sobre o perfil dos estudantes de Direito, que são, majoritariamente, solteiros, sem filhos e residem predominantemente com os pais ou parentes. A minoria se dedica apenas aos estudos, sendo que a maioria trabalha em horário integral (estudante do noturno) ou em horário parcial. Em relação ao ensino de segundo grau, predomina o estudo em instituições particulares, correspondendo ao total de 54.7% o grupo de estudantes que realizou integralmente ou a maior parte dos estudos secundários nestas instituições. A maioria dos estudantes veio de famílias cujos pais não possuem educação superior, sendo que grande parcela deles nem sequer chegou ao segundo grau. Pela análise dos dados da pesquisa, percebe-se, claramente, que vem ocorrendo no Brasil um significativo processo de mudança social (não só derivada de uma ascensão social, mas envolvendo valores e atitudes em relação ao leque de oportunidades e projetos profissionais), a partir da mobilidade educacional intergeracional, que tem como resultado a ampliação da capacitação profissional em nível superior. No entanto, a qualidade dos cursos leva a crer que esta capacitação deixa a desejar em muitos aspectos.

Outra pesquisa, em desenvolvimento pela Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio de Janeiro, permite aprofundar estes indicadores, através da comparação do perfil de estudantes de Direito de faculdades de elite e de faculdades do interior do Estado. Se nestas, há um número maior de mulheres que naquelas, tanto na faculdade do interior como na de elite, a maioria dos estudantes é formada pelo sexo masculino. Constata-se, também, que diferentemente dos estudantes das faculdades de elite, a minoria dos estudantes do interior cursou o primeiro grau todo em escola particular. Já em relação ao segundo grau, em ambos os tipos de faculdade, predomina o estudo em escola

¹² Junqueira, Eliane. *A Sociologia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1994, p.59.

privada e a moradia em casa própria. No interior, a maior parte dos pais dos estudantes sequer possui segundo grau completo, enquanto nas faculdades de elite, a maioria dos pais possui terceiro grau completo¹³.

3 - As Mudanças

Como atender aos interesses com certeza tão heterogêneos desses estudantes de Direito? Afinal, de acordo com o perfil do graduando de Direito feito pelo MEC, apenas 29.9% buscam um aperfeiçoamento profissional no curso, sendo que 32.8% acham que a principal contribuição do curso é a obtenção de um diploma de nível superior e de cultura geral. Em que direção caminhou a Portaria 1.886/94? Como buscou atender aos diversos interesses dos estudantes de Direito?

Com a edição da Portaria 1.886/94 busca-se, mais uma vez, elevar a qualidade dos cursos jurídicos e, conseqüentemente, minorar a crise do ensino jurídico. Os cursos de Direito há muito tempo têm formado inúmeros profissionais despreparados para atuarem no mundo jurídico e completamente alienados de seu papel político-social, isto é, da função social do operador do Direito. À edição da Portaria precederam-se incontáveis seminários e debates acerca da problemática do ensino jurídico, havendo uma vasta gama de análises, estudos e propostas formuladas por diversos agentes do Direito.

A referida Portaria revogou expressa e especialmente, embora não fosse preciso¹⁴, as Resoluções 03/72 e 15/73 do extinto Conselho Federal de Educação - relativas, respectivamente, às matérias do currículo mínimo do curso de graduação em Direito e às normas para realização do Estágio de Prática Forense e Organização Judiciária nas faculdades de Direito - tendo entre seus principais objetivos superar o tecnicismo atribuído àquela Resolução e estabelecer novos parâmetros capacitativos do aluno de Direito, que refletem as novas exigências sociais. Assim, no intuito de avaliar as mudanças impostas pela Portaria, necessário se faz uma análise comparativa com o antigo currículo mínimo previsto na Resolução 03/72.

3.1- Duração do Curso

A adequação da duração dos cursos de Direito depende, logicamente, dos objetivos profissionais de cada bacharel. Se por um lado, para os estudantes que pretendem se inserir verdadeiramente no mundo jurídico - exercendo as funções clássicas do Direito, tais como a advocacia, promotoria, procuradoria e

¹³ A mudança no perfil dos estudantes provoca uma mudança no perfil dos profissionais do Direito. Apenas para citar um exemplo, a magistratura do Estado do Rio de Janeiro vem vivendo um processo de feminização de seu quadro. A este respeito, cf. Junqueira, Eliane et alii. Juízes Retrato em Preto e Branco. Rio de Janeiro, LetraCapital, 1997.

¹⁴ O parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que, "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

magistratura - as faculdades de Direito têm sido reconhecidamente incompetentes na preparação do futuro profissional¹⁵, por outro lado, para os que buscam apenas um diploma de nível superior, os quatro anos de faculdade são excessivos.

Duas medidas da nova Portaria indicam que os cursos de Direito devem estar voltados principalmente para a formação dos profissionais do mundo jurídico (revertendo a tendência anterior de ser apenas uma fábrica de diplomas). Em primeiro lugar, enquanto pela Resolução de 1972, comprometida com a política de democratização do ensino superior, o curso jurídico poderia ser completado em quatro anos (no máximo, em sete anos letivos), com a nova legislação o curso passa a ter duração de pelo menos cinco anos (e no máximo oito anos letivos). Conseqüentemente, a carga horária de atividades também aumentou, de 2.700 para 3.300 horas. Esta modificação representa o reconhecimento da impossibilidade do curso de Direito ser lecionado em apenas quatro anos, pois, além do conteúdo jurídico ser numeroso e complexo, é imperioso que os futuros bacharéis tenham uma fundamentação científica e prática, só possível num curso mais extenso.

Em segundo lugar, o novo currículo equipara o padrão de desempenho e qualidade dos cursos diurnos e dos noturnos, que proliferaram a partir dos anos setenta. Via de regra, os alunos do curso noturno contam com a convivência dos professores que, percebendo a exaustão da quase totalidade da turma, costumam começar as aulas mais tarde e terminá-las mais cedo que o horário estabelecido. Objetivando suprir esta deficiência no ensino, a Portaria vem regular a duração das aulas à noite, que deve ser no máximo de quatro horas diárias de atividades didáticas. Conseqüentemente, o curso noturno terá uma duração mais extensa que o diurno, ou seja, os alunos que estudarem à noite vão levar mais tempo para se formarem do que os estudantes do diurno.

Ressalte-se que a extensão da duração do curso não necessariamente elevará a qualidade de ensino. Antes mesmo da vigência da Portaria, já havia faculdades com duração de cinco anos e, nem por isso, a qualidade do ensino apresentava-se substancialmente superior ao ensino das faculdades com duração de quatro anos. Na recente pesquisa feita pelo MEC¹⁶, constatou-se, inacreditavelmente, que quase 40% dos estudantes acham que o curso exigiu na medida certa ou até muito.

3.2- Acervo Bibliográfico

Em princípio, pode ser considerado surpreendente que 63.1% dos alunos que realizaram o primeiro Exame Nacional de Cursos na área do Direito tenham avaliado o acervo da biblioteca de suas faculdades como parcialmente ou

¹⁵ Haja vista a existência de cursos preparatórios para concursos, ou mesmo da Escola Superior de Advocacia e da Escola Superior da Magistratura que objetivam fornecer ao bacharel os conhecimentos não adquiridos na faculdade.

¹⁶ Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais. Op.cit., p.22.

plenamente satisfatório¹⁷, especialmente quando é notória a insuficiência desses acervos.

Se como já foi dito, mais importante do que reformas é a mudança de mentalidade do corpo docente e do corpo discente, deve ser questionada a futura eficácia da Portaria 1.886/94, segundo a qual, “cada curso manterá um acervo bibliográfico atualizado de no mínimo dez mil volumes de obras jurídicas e de referência às matérias do curso, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação”.

Não há dúvida de que, embora não seja uma medida disciplinar das matérias do currículo mínimo, este dispositivo engrandece imensamente a formação do aluno, criando-lhe oportunidades de aprendizado extra-classe, indispensável para grande parte do corpo discente, tendo em vista as vastíssimas obras jurídicas existentes que, por razões óbvias, não se pode ter acesso, senão nas bibliotecas.

No entanto, atualmente, ao se regular o acervo bibliográfico deve-se levar em conta as diversas formas de acesso às informações. Vale dizer, a tecnologia da informática, o microcomputador e as redes de intercâmbio de informações representam um poderoso instrumento de comunicação e informação, de modo que as bibliotecas também podem fornecer jurisprudências, doutrinas através de disquetes ou mesmo *cd-rom*. Entretanto, tal medida só será eficaz se os alunos tiverem acesso aos computadores, o que não ocorre nas universidades, pois conforme pesquisa do MEC, 37.0% dos graduandos de Direito disseram que suas instituições possuem microcomputadores, mas que os alunos não têm acesso aos aparelhos¹⁸.

Além disso, retornando aos dados acima, parece claro que o problema principal não é o acervo das bibliotecas, mas a frequência dos alunos. Aumentar o acervo só será eficaz se for criado no aluno o hábito de utilizar a biblioteca como espaço de consulta e de estudo.

3.3- Monografia

A experiência de futura bacharel em Direito - e a própria elaboração desta monografia - demonstra que uma das principais dificuldades do estudante de Direito é a expressão escrita. Escrever, colocar no papel idéias, com coerência e lógica interna, é um aprendizado longo, especialmente importante para aqueles que, na vida profissional, terão de valer-se da clareza de suas exposições tanto para a defesa de seus clientes, para a defesa da sociedade ou mesmo para o proferimento de decisões inteligíveis. A pobreza não apenas das petições dos advogados (e outros profissionais do direito), mas também das próprias sentenças judiciais vem sendo objeto de críticas, afetando inclusive a administração da

¹⁷ Id. *ibid.*, p. 19.

¹⁸ Id. *ibid.*, p. 19.

justiça. Por outro lado, a expressão oral também é fundamental em uma profissão que vem alargando, em nome da celeridade processual, o espaço dos ritos fundamentados na oralidade¹⁹.

Não menos importante é, portanto, a nova exigência, para conclusão do curso, da apresentação e defesa de monografia final pelo aluno perante banca examinadora. Algumas universidades, antes mesmo da Portaria, já haviam implantado a obrigatoriedade da monografia final. Assim, muitos alunos já tiveram a oportunidade enriquecedora de realizar este tipo de trabalho, que exige muita dedicação, estudo e pesquisa e que, no entender de José Geraldo de Sousa Junior, opera como corolário da institucionalização da iniciação à pesquisa em Direito²⁰.

3.4- Novas Disciplinas

Segundo a avaliação do MEC²¹, 78.2% dos graduandos acham que existem disciplinas mal dimensionadas, com muita matéria e pouco tempo de desenvolvimento e 66.7% sustentam que há disciplinas que deveriam ser eliminadas do programa. Um percentual ainda mais expressivo (87.9%) entende que há disciplinas que devem ser incorporadas ao curso (provavelmente as novas disciplinas surgidas em razão das demandas sociais, como, por exemplo, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental e o Direito Agrário).

O novo currículo agrega matérias voltadas para a formação fundamental, sócio-política e prática do bacharel, diferenciando-se bastante do antigo currículo mínimo, pois, este reunia as matérias desenvolvidas em apenas três categorias, a saber, básicas, profissionais obrigatórias e eletivas. Esta ampliação na formação do futuro profissional do Direito vem atender aos urgentes apelos da sociedade, que anseia por profissionais mais qualificados e cômicos de sua função político-social no processo de transformação social. Assim, busca-se uma formação mais ampla e não só técnica-jurídica, que sabe-se ser indispensável, porém, insuficiente. A formação fundamental indica a necessidade de se reportar às raízes sociológicas, políticas e filosóficas na construção de um conhecimento que abranja os princípios e as instituições jurídicas básicas, permitindo identificar a relação destes com a legitimação do poder e com a democratização das estruturas sócio-econômicas. A formação sócio-política proporciona uma formação mais humanística e interdisciplinar ao discente, permitindo que adquira uma visão sócio-política mais ampla, que participe ativamente da sociedade e que veja no Direito um instrumento de transformação da realidade sócio-econômica brasileira.

¹⁹ A Lei 9.099/95, no seu artigo 2º, estabelece que a oralidade é um dos critérios pelo qual o processo deve se orientar nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

²⁰ Souza Junior, José Geraldo. "A Monografia Jurídica como Iniciação Científica". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Op. cit., p.97.

²¹ Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais. Op. cit., p. 23.

A Portaria aumentou o total de matérias básicas e fundamentais de treze para quinze. As matérias fundamentais previstas na Portaria são as matérias básicas da Resolução 03/72 (Introdução ao Estudo do Direito, Economia e Sociologia) acrescidas da Ciência Política e Filosofia. As profissionalizantes também são praticamente as mesmas, tendo a Portaria apenas instituído a obrigatoriedade do Direito Internacional e do Direito Tributário, antes oferecidas como facultativas.

O conteúdo mínimo previsto pela Portaria refere-se às matérias, ficando a critério de cada curso a composição delas em disciplina. Note-se que matéria não se confunde com disciplina. Como ensina Paulo Luiz Netto Lobo²², Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB e membro da Comissão de Especialistas do Ensino de Direito do MEC, a disciplina é continente enquanto a matéria é conteúdo. Assim, a matéria pode estar agrupada em apenas uma disciplina ou pode estar dispersa em várias disciplinas; exemplificando, "a matéria Direito Ambiental pode estar dispersa em várias disciplinas, sem esta denominação, ou agrupada numa mesma disciplina".

A Portaria enriqueceu duplamente a formação do futuro bacharel em Direito, pois, além de estatuir a obrigatoriedade da interdisciplinaridade, incluiu outras matérias e "novos Direitos" (tais como, infância e adolescência, meio ambiente, consumidor, terra, desde que observadas as peculiaridades de cada curso) no desdobramento do currículo pleno em disciplinas.

Se por um lado a Portaria fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos, por outro, deixou claro que o currículo pleno não pode se limitar ao currículo mínimo, devendo, sim, se desdobrar em disciplinas que absorvam o estudo das "demais matérias" e "novos Direitos". Neste dispositivo, é cristalina a intenção de se reservar espaço às transformações da sociedade e do próprio Direito, representando mais um passo na tentativa de se propiciar uma formação jurídica que relacione o Direito à realidade e, assim, nas palavras de Alvaro Mello, evitando que "o curso jurídico se imobilize e fossilize num arcabouço curricular arcaico e defasado diante do rápido processo de mudança social"²³.

O currículo pleno não pode, no entanto, de maneira alguma, se reduzir ao conteúdo mínimo. Como ensina Álvaro Mello "o currículo mínimo é um *curriculum* necessário, mas não é um currículo suficiente, daí por que deve possuir uma parte complementar e opcional"²⁴, ou seja, deve ser acrescido com atividades complementares que o adequem às condições da instituição de ensino

²² Lobo, Paulo Luiz Netto. "O Novo Conteúdo Mínimo Dos Cursos Jurídicos". In: *Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares*. Op. cit., p.10/11.

²³ Melo Filho, Alvaro. Op. cit., p. 30.

²⁴ Melo Filho, Alvaro. *Metodologia do Ensino Jurídico*. 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.36.

e às necessidades sociais às quais se destina, assim como às finalidades científicas e profissionais que pretende atingir²⁵.

O reconhecimento expresso da necessidade da interdisciplinaridade pela Portaria era forçoso e inevitável, pois, há muito tempo iminente. Nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos, a interdisciplinaridade apóia-se na consideração de que "nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma racional; só a configuração de todas elas é racional e é, pois, necessário dialogar com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas"²⁶.

3.4.1 - Sociologia Jurídica

A presença da disciplina Sociologia Jurídica no novo currículo mínimo dos cursos jurídicos não é exatamente uma novidade²⁷ (a matéria "Sociologia" integrava o antigo currículo instituído pela Resolução 03/72), porém o seu desdobramento em Sociologia geral e jurídica, como matéria fundamental do conteúdo mínimo do curso jurídico, é uma medida inédita. No entanto, a sua inclusão não se deu de uma hora para outra, mas é resultado de um longo processo de institucionalização da Sociologia Jurídica, marcado por inúmeros debates, que se iniciaram na década de sessenta, sendo ainda palco de muitas controvérsias e resistências.

Sem a menor pretensão em formar sociólogos, a inclusão da Sociologia geral e jurídica nos cursos de Direito vem atender às diferentes demandas e à pluralidade de interesses do corpo discente: enquanto uns estudantes buscam uma formação essencialmente técnica, objetivando a inserção no mundo da advocacia, altamente competitivo, outros optam pelo Direito para serem atores públicos ou acadêmicos. Conseqüentemente, a obrigatoriedade desta matéria agrada uns e desagrade outros, ainda que, quando perguntados, 75% dos estudantes reconheçam que a Sociologia Jurídica é uma disciplina importante²⁸. Ressalte-se que essa diversidade de interesses dos estudantes de Direito não é uma característica dos tempos modernos, mas se faz presente desde a criação dos primeiros cursos jurídicos brasileiros, logo após a proclamação da Independência.

A inclusão da Sociologia no curso de Direito representa a criação de um espaço para os alunos pensarem criticamente a relação existente entre direito e sociedade. A proposta da Sociologia nos cursos de Direito é diminuir o vácuo criado entre o ensino tecnicista e dogmático e a realidade social: busca-se uma vinculação do "legal" ao "real", demonstrando que ambos se relacionam, uma vez que a aplicação do Direito afeta à sociedade, e a evolução desta, por sua vez,

²⁵ Id. ibid., p.96.

²⁶ Santos, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. Porto, Edições Afrontamento, 1987.

²⁷ A disciplina sociologia jurídica foi lecionada pela primeira vez no Brasil, em nível de graduação, em 1964, na Universidade Católica de Pernambuco.

²⁸ Cf. dados da pesquisa em desenvolvimento pela OAB-RJ.

implica a necessidade de se repensar o Direito. São duas forças que se complementam.

Como a disciplina Sociologia provoca simultaneamente entusiasmo e indiferença no corpo docente e discente, mister é analisar as múltiplas percepções a seu respeito. No corpo docente encontram-se desde professores completamente indiferentes à disciplina até aqueles que defendem arduamente a sua imposição, não só como um meio de atender aos interesses dos alunos que buscam no curso jurídico uma formação humanista, mas também de revitalização da própria vida acadêmica. Não por acaso, se constata que as propostas de reformulação dos cursos de Direito, nas quais se busca criar um currículo com mais disciplinas formativas - pois, há uma prevalência das disciplinas informativas - são feitas, principalmente, por professores e pesquisadores que trabalham no campo da Sociologia do Direito no Brasil, e que se preocupam em relacionar o direito e a sociedade.²⁹

Muito embora se perceba uma certa "identidade" entre os professores que reconhecem a importância da Sociologia nos cursos jurídicos, o conteúdo programático das suas aulas é variado, apesar de se tratar da mesma disciplina. Na prática, por não haver um conteúdo pré-estabelecido, nem tampouco uma disposição dos professores em se reunir e estabelecer um programa comum, a disciplina é lecionada conforme os interesses e a formação de cada professor. Esta diversidade de programa torna a disciplina um "espaço sem dono"³⁰, "indisciplinado", enfraquecendo, por um lado, os argumentos da sua indispensabilidade, pois, se as aulas podem ser ministradas ao bel prazer de cada professor, difícil é a compreensão da sua necessidade para a formação do futuro profissional. Há que se ter uma definição do conteúdo a ser lecionado.

No corpo discente também é possível encontrar as mais diversas opiniões sobre a disciplina. Há os que a consideram importante, pois representa uma possibilidade de se partilhar uma visão crítica do Direito com um professor mais "aberto", os que a vêem como uma forma de "humanizar" o Direito e os que a vêem como perda de tempo³¹. Via de regra, os estudantes interessados na disciplina formam o grupo dos que buscam no Direito um preparo para as múltiplas inserções sociais na vida nacional, e os que a consideram completamente irrelevante integram o grupo dos futuros advogados, só interessados nas disciplinas técnicas.

²⁹ Tais como, Falcão, Joaquim. Op. cit.; Arruda Junior, Edmundo Lima. Ensino Jurídico e Sociedade. São Paulo, Acadêmica, 1989; Rodrigues, Horácio Wanderley. Op. cit.; Mirailles, Maria Teresa & Falcão, Joaquim. "As atitudes dos professores e alunos do Rio de Janeiro em face do ensino jurídico e sua reforma". In: Souto, Cláudio & Falcão, Joaquim. Sociologia e Direito. São Paulo, Pioneira, 1980.; Souto et alii. Mudança Social e Mentalidade Jurídica. Recife, CNPq, 1989; Faria, José Eduardo. Op. cit.; Venancio Filho, Alberto. Op. cit.; Adorno, Sergio. Os aprendizes do Poder: Bacharelismo Liberal na Política Brasileira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988 e outros.

³⁰ Pela expressão adotada por Eliane Junqueira, uma "terra de ninguém". Op.cit., p.57.

³¹ Neste grupo, não raramente, a disciplina de Sociologia II (em geral a disciplina era lecionada em dois períodos e denominada Sociologia I e II) é conhecida como: Sociologia II - o tormento continua. (Id.ibid., p. 59).

Junto à obrigatoriedade da disciplina com a nova Portaria urge a necessidade de se repensar o seu ensino. A disciplina, como já foi dito, deve ser interdisciplinar e deve primordialmente trabalhar a capacidade reflexiva dos alunos, de modo a estimular um pensamento crítico ao Direito, estudando especialmente as formas estatais e não estatais de resolução de conflitos³². A disciplina não deve ser vista apenas como um espaço para a reflexão num mundo jurídico basicamente técnico e dogmático, mas a postura crítica do aluno deve ser permanentemente estimulada. Aulas meramente expositivas, onde só o professor pode falar devem ser abolidas. Aliás, antes mesmo da criação de novas disciplinas que permitam a reflexão e estimulem a capacidade crítica, as disciplinas já existentes devem ser abordadas, inclusive as técnicas, de maneira que propicie uma reflexão crítica sobre estas técnicas.

3.4.2 - Filosofia do Direito

Igualmente à boa receptividade dos alunos em relação à disciplina de Sociologia Jurídica, constatada pela pesquisa que a OAB-RJ está realizando, a maior parte dos alunos de Direito consideram a disciplina de Filosofia do Direito importante para a formação do futuro profissional. Quando se questiona especificamente o ensino da "Ética Profissional" o percentual de alunos que acha que a disciplina é importante cresce de 65% para 82%.

A Portaria estabelece que o conteúdo mínimo do curso de Direito deve compreender o ensino da Filosofia como uma das matérias fundamentais que, além de ser desdobrada em geral e jurídica, deve prever no seu conteúdo programático o estudo da Ética geral e profissional. Disso decorre que as faculdades não estão obrigadas a introduzir uma disciplina de Ética, mas o seu estudo pode estar inserido na disciplina de Filosofia.

Já não era sem tempo a necessidade de tornar a Ética Profissional uma matéria obrigatória nos cursos jurídicos. Os alunos de Direito devem não apenas ter um embasamento ético na sua formação, mas, primordialmente, devem trabalhar com a noção de ética e ser alertados quanto à necessidade do comportamento ético no mundo jurídico.

Os cursos jurídicos, em sua maioria, não tratam da questão da ética, tornando os seus egressos apenas técnicos profissionais das normas jurídicas, descompromissados com os interesses sociais. Esta ausência da discussão da ética na escola de Direito faz com que os bacharéis não reflitam sobre as suas condutas, sobre as questões fundamentais que estão presentes no exercício da profissão, como por exemplo: o que é a justiça? Como implantar a justiça num mundo marcado pelas injustiças e pela exclusão da maioria dos seus habitantes?

³² No mundo de hoje, face ao descrédito e morosidade da Justiça, surgem cada vez mais serviços de assistência jurídica "extra-oficiais", "para-estatais", como, por exemplo, as associações de moradores, sindicais.

A própria idéia de justiça não tem sido trabalhada nos cursos, de modo que questões presentes na vida do operador do Direito não são sequer mencionadas ao longo da graduação. No entender de Anthony Amato, "*the first thing that went wrong with law schools was the fact that they were given the name law schools*", quando na sua opinião, "*things might have turned out differently had they been called colleges of justice*"³³. Não que se busque uma definição absoluta de justiça, até porque existem vários conceitos à justiça, como, por exemplo, observa Burns: "*that the terms justice can mean either access to justice, substantive justice or social justice*"³⁴. Mesmo assim, o ensino de que as decisões judiciais vão afetar não só os clientes, as partes em litígio, mas todo o sistema de justiça é indispensável. Nas palavras de Stein,

*legal scholars have an important role to play in helping to determine who, in the future, goes to the court and who goes to some other forum: what kinds of cases will be decided by a judge, by someone else, or without any involvement of a 'neutral'; which cases will be appealed, and at what time track; and what kind of issues will not be resolved by social institutions at all*³⁵.

O exercício da advocacia é uma intervenção social, sobretudo ética. O Direito trabalha no universo dos seres humanos, de suas construções materiais e espirituais. O advogado deve ter sempre em mente que trabalha com sujeitos de direitos e, assim, deve ter uma preocupação em entender como os conflitos surgem, de modo que possa tentar resolvê-los da melhor maneira possível, visando, antes do seu próprio interesse, ao interesse da sociedade. Muito importante é, portanto, a inserção da obrigatoriedade do ensino da Ética (profissional e geral) no currículo mínimo dos cursos jurídicos, pois o seu estudo amplia os horizontes dos futuros operadores do Direito para além da dogmática jurídica, de modo a torná-los profissionais mais qualificados para atender às demandas da sociedade, de um mundo complexo e em constante mudança. Por esse motivo, em todos os exames de Ordem há, pelo menos, quatro questões sobre Deontologia Jurídica, ou seja, buscou-se apurar o conhecimento dos formandos sobre o Estatuto da Advocacia e sobre o Código de Ética e Disciplina.

³³ "A primeira coisa que deu errado com as escolas de Direito foi o fato delas terem sido chamadas de Escolas de Direito" ... "as coisas poderiam ter se tornado diferentes se tivessem sido chamadas Colégios da Justiça". Amato, Anthony. "Rethinking Legal Education". 74 *Marquette Law Review* 1 (1990).

³⁴ "O termo justiça pode significar tanto acesso à justiça como justiça substantiva ou justiça social". Burns, W. "The law school curriculum". 33 *Journal of Legal Education* 85 (1993).

³⁵ "Os cursos jurídicos desempenham a importante tarefa de ajudar a determinar quem, no futuro, irá para a corte e quem irá para outra agência de resolução de conflitos, que tipo de casos vão ser decididos por um juiz, por outra pessoa, ou por uma terceira parte 'neutra': quais casos serão apelados, quando; e que tipo de questões não serão resolvidos por instituições sociais". Stein, Edward. "Legal Education There and Here". 27 *Stanford Law Review* 865 (1975).

Como a Portaria restringiu-se somente a estipular as matérias obrigatórias ao currículo mínimo dos cursos jurídicos, sem estabelecer os seus conteúdos, a matéria de Ética (geral e profissional) não tem um conteúdo pré-determinado, específico. Pressupõe-se que na matéria de Ética Profissional sejam veiculadas as noções de ética que nortearão a vida do futuro profissional. No curso de Direito, por existirem dois diplomas normativos específicos sobre a conduta do advogado, Código de Ética e Disciplina e Estatuto da Advocacia, claro está que os seus respectivos estudos farão parte integrante do conteúdo da matéria. Todavia, como já foi mencionado anteriormente, esse novo currículo prevê o ensino da Ética geral e profissional. Assim, a matéria de Ética nos cursos jurídicos não poderá se restringir ao estudo dos dois diplomas acima mencionados. Deve-se debater a questão da Ética também no seu sentido amplo e não só profissional.

Se por um lado, essa não estipulação do conteúdo da matéria pela Portaria fornece uma maior flexibilidade às instituições de ensino para se adaptarem ao novo currículo mínimo dos cursos jurídicos, pois poderão escolher qual disciplina ensinará determinada matéria e qual será o seu conteúdo, por outro lado, pode trazer uma heterogeneidade das matérias obrigatórias, permitindo que uma mesma matéria tenha abordagens completamente diversas, tal como ocorre com a Sociologia.

Por esse motivo, é imperioso evitar que, pela obrigatoriedade do Exame de Ordem, que testa os conhecimentos sobre o EOAB e do Código de Ética e Disciplina, a disciplina de Ética seja restrita ao estudo e análise desse dois diplomas legais. O debate sobre a conduta ética do advogado, entendendo-se ética como um bem comum, um valor moral que deve orientar as decisões e atitudes daquele que vive em sociedade, é imprescindível na formação do futuro profissional do Direito que, por excelência, tem o dever de utilizar todos os instrumentos possíveis para a criação de uma sociedade mais justa. Os cursos jurídicos que priorizam somente o aspecto técnico do Direito formam profissionais despreparados para exercer o seu mister, pois se depararão com situações as mais adversas, nas quais apenas os seus conhecimentos jurídicos não serão suficientes para o sucesso.

3.5- Prática Jurídica

Partindo do pressuposto de que o curso de Direito objetiva formar os operadores do Direito (e não apenas fornecer diplomas), a Portaria instituiu a obrigatoriedade do estágio (prática forense). De nada adianta aulas teóricas se os alunos não estiverem capacitados a aplicar os conhecimentos adquiridos às situações concretas da vida. A associação da teoria com a prática deve ser iniciada na própria universidade³⁶. Como disse Monstesquieu: "aquele que

³⁶ Neste sentido foi a sugestão de Ignacio Medina: "...antes de emprender operaciones in vivo, el estudiante debería de ensayar in vitro, dentro del laboratorio representado por las salas de clinica, de casuística o de aplicación procesal de la Facultad". (apud Melo Filho, Alvaro. "Novas Diretrizes e

aprende as regras da sabedoria, e não as pratica, assemelha-se ao camponês que ara seu campo e não o semeia"³⁷. E foi no intuito de suprir essa lacuna, que afeta diretamente o próprio mercado de trabalho do advogado, onde há um grande contingente de profissionais despreparados e que só contribuem para agravar a situação de abarrotamento de processos no Poder Judiciário, que a questão da prática jurídica foi incluída na reforma do currículo mínimo dos cursos jurídicos.

O artigo 10 da Portaria tornou obrigatório o Estágio de Prática Jurídica, que deve ser supervisionado pela instituição de ensino e ser constituído de no mínimo 300 horas de atividades práticas, simuladas ou reais, desenvolvidas pelo aluno no Núcleo de Prática Jurídica. Este artigo veio efetivar a iniciativa de uma prática forense nos cursos jurídicos já prevista pela Resolução 03/72, que instituiu a denominada Prática Forense³⁸, sob forma de Estágio Supervisionado, mas que não conseguiu propiciar um treinamento prático e efetivo das atividades jurídicas ao estudante. Ao revés, a Prática Forense transformou-se em disciplinas de "Teoria da Prática Forense".

Pela Resolução referida o estágio era facultativo³⁹ e servia, principalmente, para a inscrição do aluno no quadro de advogados da OAB⁴⁰, dispensado do Exame de Ordem, e para preenchimento do requisito dos concursos públicos. Com a promulgação da Lei 8.904/94, o Exame de Ordem passou a ser obrigatório para todos os bacharéis que queiram exercer ingressar nas profissões jurídicas, estando integrado ao currículo pleno⁴¹. O estágio é obrigatório mesmo para

aqueles que optarem pela magistratura, magistério, ministério público e outras atividades afins⁴².

A obrigatoriedade do estágio é uma medida salutar, uma vez que o curso jurídico não é voltado apenas para a formação de advogados, mas também de juizes, professores, pesquisadores, funcionários públicos e até políticos, motivo pelo qual a Portaria permite que a complementação das atividades de prática sejam realizadas através de convênios com diversas entidades, incluindo as empresariais e sindicais. Não se pode relegar a finalidade social das ciências jurídicas, que historicamente têm a função de formar as pessoas para as múltiplas inserções sociais.

Duas questões devem ser analisadas em relação à prática forense. Em primeiro lugar, como é realizada esta prática. Em segundo lugar, o objetivo da prática forense, assunto que foi objeto de amplo debate por parte dos estudantes antes da aprovação da Portaria.

Em relação ao primeiro ponto, deve ser lembrado que algumas universidades, antes mesmo da elaboração da Portaria, já mantinham no *campus* universitário um núcleo de prestação de serviços jurídicos e assistência judiciária, que é o conhecido Escritório Modelo. No entanto, como vinha sendo feita, até agora, esta prática forense? E como deve ser o estágio de acordo com a nova legislação?

Pelo modelo antigo, os alunos limitavam-se a acompanhar processos e a ter aulas teóricas sobre os procedimentos. Já pela nova Portaria, que regulamenta ainda a forma como será realizado o estágio de prática jurídica, este deve ser desenvolvido sob a forma de atividades práticas, não podendo jamais ser desdobrado em disciplinas formais ou teóricas. A instituição de ensino deve instalar um núcleo de prática jurídica a ser coordenado por professores do curso. As atividades devem ser desdobradas em três modalidades, a saber: em simulações processuais, nas quais os alunos possam elaborar peças processuais; em visitas a órgãos judiciários, assistindo sessões de julgamento e audiências e em assistência jurídica real ou prestação de serviços jurídicos. As atividades de prática real podem ser realizadas ou mediante convênios com a Defensoria Pública e outras atividades públicas, que permitam aos alunos participarem da prestação de serviços e da assistência jurídica, ou nas próprias dependências da instituição de ensino, desde que sejam instaladas varas ou juizados especiais em convênio com o Poder Judiciário⁴³.

Perspectivas". Op. cit., 34.). Nesta linha de pensamento, Alvaro Melo ensina que "o bom senso dita, assim, a necessidade de se compatibilizar, metodológica e didaticamente, teoria e prática jurídicas, posto que o melhor, e mais eficiente método de ensino jurídico ainda afigura-se o eclético, aquele em que estejam dosadas, em equilibradas porções, concomitantes, teoria e prática". Melo Filho, Alvaro. "Metodologia do ensino jurídico". Op. cit., p. 9.

³⁷ Apud Melo Filho, Alvaro. "Currículo Jurídico-Um Modelo Atualizado". In: Ensino Jurídico: Diagnóstico, Perspectivas e Propostas. Brasília, OAB, 1996, p. 59.

³⁸ Parágrafo único do artigo 1º da Resolução 03/72.

³⁹ Horácio Wanderlei Rodrigues esclarece que, na verdade, o estágio supervisionado previsto na Resolução 03/72 teria caráter obrigatório, enquanto que o estágio de prática forense e organização judiciária previsto na Lei 5.842/72 e Resolução 15/73 do CFE seria facultativo, dando o direito de inscrição na OAB sem o Exame de Ordem. Entretanto, a má interpretação da legislação levou, na prática, o entendimento de que haveria um único estágio facultativo. Este equívoco parte da ideia errônea de que a Resolução 15/73 era um complemento da Resolução 03/72, regulamentando a forma de oferecimento e carga horária do estágio. Rodrigues, Horácio Wanderlei. "Ensino Jurídico para quem? Tópicos para Análise e Reflexão". In: Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas. Op. cit., p. 112.

⁴⁰ A Portaria 1.886/94 revogou a Lei 4.215/63 que regulava a inscrição dos estagiários e a Lei 5.842/72 sobre o estágio profissional de advocacia, ambas dispensando o Exame de Ordem. O estágio profissional de advocacia é extracurricular e tem características diferentes do estágio do currículo. Cf. Melo Filho, Alvaro. "Currículo Jurídico: novas diretrizes e perspectivas". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Op. cit., p. 38/39 e Lobo, Paulo Luiz Netto. "Três Situações Distintas: Estágio, Exame de Ordem e Exame de Final de Curso". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Op. cit., p. 144/145.

⁴¹ A Portaria 1.886/94 estabeleceu o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos, ou seja, constituiu a ossatura (expressão de Paulo Luiz Lôbo) comum de todos os cursos jurídicos. Já foi dito que o curso não poderá se restringir ao currículo mínimo, devendo formar o currículo pleno, que se constitui das matérias obrigatórias e outras optativas, que variarão conforme as necessidades e particularidades de cada instituição.

⁴² Lobo, Paulo Luiz Netto. "O Novo Conteúdo Mínimo dos Cursos Jurídicos". In: Ensino Jurídico: Novas Diretrizes Curriculares. Op. cit., p. 16.

⁴³ Esta experiência tem sido muito bem sucedida em várias instituições de ensino superior do país, como por exemplo, na Universidade Federal de Santa Catarina, onde foi implantado um Juizado especializado na área de família. (cf. Horácio de Arruda Faício, Cadernos Ides n. 2, 1996, p. 17)

Em relação ao segundo ponto, normalmente, o aluno matricula-se no Escritório Modelo e é obrigado a dar plantões semanais, nos quais tem oportunidade de atender clientes, supervisionado pelo orientador (um advogado) e elaborar peças processuais. Quando numa eventualidade no plantão não há nenhuma destas atividades, o aluno realiza pesquisa jurisprudencial. Até aqui não há problema algum. O aluno sempre realizará atividades que enriqueçam a sua formação. Entretanto, há uma grande confusão em relação à finalidade precípua dessas atividades práticas: atender à comunidade que necessita de assistência judiciária⁴⁴, ou formar o futuro profissional? Sintetizando, o Escritório Modelo serve a quem? ⁴⁵

Se num primeiro momento a definição do objetivo do Escritório Modelo parece irrelevante, na prática se faz absolutamente necessária. Se a finalidade for social, ou seja, de atender à população carente, a figura principal passa ser a comunidade e a função educativa de fornecer uma prática ao estagiário é relegada ao segundo plano. Neste caso, não estará se propiciando um aprendizado ao aluno através da prática, mas utilizando-se dos seus poucos conhecimentos para resolver problemas para os quais ainda não está preparado. Por outro lado, ao priorizar a formação prática do aluno a comunidade estará sendo enganada, tendo em vista que estará sendo atendida por estagiários, ainda não qualificados, e que, obviamente, não poderão defender da melhor maneira possível os interesses dos clientes. Em outras palavras, o aluno aprende errando, mas o erro não pode ser em cima dos direitos dos outros.

Os direitos dos desfavorecidos vêm sendo tratados diferentemente dos direitos dos favorecidos, pois, isoladamente, as conseqüências da inobservância ao direito de uma pessoa carente, ou uma falha ao defender o seu direito, têm menos repercussão. No entanto, esta mentalidade deve ser abolida, até porque a possibilidade ou não de se pagar um advogado não pode influir na qualidade do direito. Resta claro, então, a necessidade de se esclarecer o objetivo do Escritório Modelo, evitando que a comunidade ou os alunos sejam ludibriados.

A inserção da prática no currículo dos cursos jurídicos é evitar que o estudante só se depare com a prática ao egressar da universidade, isto é, quando encarar a prática "ao vivo", nos problemas reais apresentados na sociedade (uma das dificuldades, portanto, refere-se à inexistência de estágio em Direito Tributário, Constitucional e Comercial, matérias que não são objeto das lides das pessoas carentes). A intenção da prática é superar o vácuo "entre os estudos

⁴⁴ O Escritório Modelo atende, em geral, a pessoas de baixo poder aquisitivo, que não podem arcar com as custas judiciais nem com os honorários advocatícios, sendo então, gratuita a assistência.

⁴⁵ A necessidade de se definir a finalidade do Escritório Modelo é uma questão trazida à tona com a reforma curricular do ensino jurídico, que determinou a obrigatoriedade das atividades práticas reais e simuladas. O assunto foi inclusive amplamente debatido numa reunião que teve por tema "Os Impasses da Prática Forense", realizada em 13 de maio de 1996, na sede do Instituto Direito e Sociedade (Ides), que deu continuidade aos debates que vinham sendo realizados em função da pesquisa "O profissional do Direito do ano 2.000". Nesta reunião compareceram diretores e coordenadores do Departamento de Estágio e do Escritório Modelo de diversas instituições de ensino superior do Estado do Rio de Janeiro, inclusive da OAB.

sistemáticos realizados na escola e a solução ou a apresentação de controvérsias, que lhe exigem na vida prática", denunciado há muito por San Tiago Dantas⁴⁶. Neste sentido, se o objetivo do Escritório Modelo for atender à comunidade, não estará se cumprindo o objetivo principal da inclusão da atividade prática na formação do estudante, mas antecipando as suas futuras responsabilidades.

3.6- Atividades Complementares

Pela análise dos questionários aplicados por ocasião do Exame Nacional de Curso⁴⁷, mais da metade dos graduandos em Direito não realizou nenhuma atividade acadêmica não-obrigatória. A maioria dos estudantes finalistas declarou que as atividades acadêmicas se restringem, em geral, às aulas dos cursos, havendo pouco desenvolvimento de atividades acadêmicas não obrigatórias. Destaca-se, particularmente, o baixo percentual de alunos que realizou atividades de iniciação científica ou tecnológica (1.2%) e de monitoria (2.5%). Mesmo o percentual daqueles que se envolveram em atividades de extensão (20.8%) ainda é baixo.

Objetivando reverter esta situação, a Portaria 1.886/94 estabelece que o curso jurídico, independentemente do regime acadêmico adotado⁴⁸ (seriado, crédito ou outro), deverá destinar cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares⁴⁹ (pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno). Embora tais atividades sejam realizadas também por discentes que cursaram o Direito na vigência da Resolução 03/72, não havia uma obrigatoriedade. Mais uma vez, portanto, a Portaria busca ampliar a formação do futuro bacharel em Direito, já que a implantação destas atividades contribui para uma formação mais humanista e menos tecnicista. Conseqüentemente, abrem-se os horizontes dos estudantes e atendem-se às diferentes demandas dos alunos do curso de Direito que, como já foi exaustivamente mencionado, se caracteriza pela pluralidade de interesses.

Este dispositivo, além de representar a aplicação do princípio genérico insculpido no artigo 207 da Constituição Federal⁵⁰, materializa a observação de Agostinho Marques Neto de que o ensino jurídico deve "assumir o caráter de atividade visceralmente ligada à pesquisa e à extensão, enriquecendo-as e enriquecendo-se com elas, dentro de um sistema universitário aberto à

⁴⁶ Apud Melo Filho, Alvaro. "Currículos Jurídicos: Novas Diretrizes e Perspectivas". Op. cit., p.34.

⁴⁷ Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais. Op. cit.

⁴⁸ No regime seriado a matrícula é feita no conjunto de disciplinas de respectiva série ou ano. O regime de créditos permite que os alunos, ao se matricularem escolham as disciplinas que querem cursar, desde que preencham os pré-requisitos necessários.

⁴⁹ Como a Portaria dispõe que o curso jurídico será no mínimo de 3.300 horas, às atividades complementares será reservada uma carga horária de 165 horas (5%), no mínimo, a 330 horas (10%).

⁵⁰ *In verbis*: "art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão."

investigação e à crítica...⁵¹ Na esteira deste pensamento João Batista Villela entende que a orientação exegética dominante no ensino jurídico:

ao invés de dar ao aluno o instrumental conceitual que lhe permita intervir ativamente na construção de uma sociedade melhor, limita-se a fornecer-lhe uma notícia de soluções normativas garantidas para um contexto histórico, que provavelmente não será o de amanhã, isto é, daquele período em que atuarão profissionalmente os estudantes de hoje, ao contrário, a educação jurídica deve proporcionar ao futuro profissional a instrumentação capaz de levá-lo a operar o Direito segundo uma visão heraclitiana, isto é, sob o signo de um constante devenir.⁵²

A *pesquisa* vem apresentar ao aluno interessado tanto a investigação teórica, que inclui levantamentos de dados bibliográficos, jurisprudências, como a investigação empírica, que é a pesquisa feita no campo, pela aplicação de questionário, elaboração de estatísticas. Esta atividade não apenas prepara o futuro bacharel para interpretar e aplicar o Direito, como também para construí-lo, pois, permite visualizar o fenômeno jurídico em sua projeção social, real, para apresentar novas soluções.

A *extensão* vem, na visão de Horácio Rodrigues, cumprir a função social do conhecimento produzido. Esta atividade oferece aos alunos a possibilidade de aplicarem seus conhecimentos na prática, através da prestação de serviços jurídicos, principalmente, à população carente.

A previsão dos *seminários, simpósios, congressos, conferências* vem somente "legalizar" uma prática no corpo discente. Muitos alunos costumam participar destas atividades, ainda que não sejam aproveitadas pela universidade. Atente-se que a participação em tais atividades além de ampliar o conhecimento do aluno, apresenta o estudante aos seus futuros colegas pois, em geral, os conferencistas são autores de obras jurídicas consagradas, advogados renomados, isto é, operadores do Direito conhecidos e respeitados no mundo jurídico.

A *monitoria* aproxima o futuro acadêmico da atividade docente, capacitando o aluno a harmonizar conteúdo e metodologia do ensino jurídico. É uma forma de despertar o aluno para o mundo acadêmico.

Iniciação científica é uma atividade complementar que estimula a elaboração de trabalhos, com seriedade científica. É de extrema importância não apenas aos estudantes que, futuramente, se dedicarão à pesquisa, mas também a todos os discentes, pois a Portaria, também instituiu a obrigatoriedade da

⁵¹ Melo Filho, Álvaro. "Currículos Jurídicos: Novas Diretrizes e Perspectivas". Op.cit., p.22.

⁵² Id. Ibid., p. 22.

monografia final de curso, perante banca examinadora⁵³. Acrescente-se, ainda, que a iniciação científica apresenta os interessados à metodologia utilizada na pesquisa-científica e prepara para uma futura pós-graduação *stricto sensu*.

Por último, a previsão das "*disciplinas não previstas no currículo pleno*" cria oportunidades aos alunos de se matricular em disciplinas de outros cursos e áreas relacionadas com o campo jurídico. Este dispositivo beneficia a formação do futuro bacharel, à medida que recupera a compreensão do fenômeno jurídico no contexto sócio-econômico-político e enfatiza a necessidade da interdisciplinaridade no ensino jurídico. A este respeito, pelos dados coletados pela pesquisa que a OAB-RJ está realizando, as disciplinas que têm melhor aceitação são: Informática Jurídica, Direito do Consumidor, Poder Judiciário e Funções Essenciais à Justiça, Hermenêutica Jurídica, Criminologia, Diplomacia e Relações Internacionais, Direitos Humanos, Português, Oratória, Direito Econômico e Responsabilidade Civil. Surpreendentemente, o interesse pelo estudo do Direito da Criança e do Adolescente é baixo, tendo menos de 7% dos analisados respondido que tal disciplina é importante para a formação do futuro profissional do Direito. Igualmente pequenos são os interesses pelo Direito das Comunicações (apenas 3% dos estudantes responderam que esta disciplina é importante) e pelo Direito agrário (no qual sequer 3% dos alunos têm interesse).

As atividades complementares correspondem à parte flexível do currículo mínimo do curso jurídico, que se destina à livre composição das disciplinas pelos alunos, mesmo nas instituições de ensino onde o regime acadêmico escolhido é o seriado: os alunos podem escolher tanto as disciplinas extracurriculares⁵⁴, que não integram a "grade curricular"⁵⁵, como as atividades estranhas às disciplinas formais (seminários, simpósios e outras atividades afins). Em hipótese alguma a parte flexível confunde-se com as disciplinas eletivas do regime de créditos, pois, neste, as disciplinas integram o currículo pleno, isto é, embora sejam optativas são disciplinas curriculares.

Os alunos devem ter liberdade de optar pelas atividades que mais lhe despertem o interesse, desde que sejam aceitas e registradas pela direção ou coordenação do curso, estejam ligadas à formação do futuro operador do Direito e sejam comprovadas através de declarações e certificados. Entretanto, a instituição deve fixar os limites da carga horária de cada atividade, para que se evite a composição da parte flexível com uma só espécie de trabalho. Assim, um aluno que optasse por participar de conferências também teria que realizar outra atividade, como, por exemplo, monitoria. A concentração numa só atividade desvirtua a finalidade principal da parte flexível, qual seja, de dar uma formação ampla ao futuro bacharel.

⁵³ Ver Sousa Junior, José Geraldo. "A Monografia Jurídica como Iniciação Científica". Op.cit., p. 97.

⁵⁴ Correspondem às "disciplinas não previstas no currículo pleno" previstas ao final do artigo 4º da Portaria nº 1.886/94.

⁵⁵ Expressão utilizada por Lobo, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p.13.

3.7- Especialização

Atenta às necessidades hodiernas do operador do Direito, a nova legislação prevê a possibilidade do discente, que esteja no quarto ano, ou período correspondente, concentrar seu curso em uma ou mais áreas de especialização, segundo suas vocações e demandas sociais e de mercado de trabalho. Esta inovação está sintonizada ao reconhecimento do caráter plural do Direito e enriquece a formação do estudante, pois, permitirá um conhecimento mais aprofundado de determinados campos do Direito, ainda na graduação. As áreas de especialização ofertadas devem levar em conta as peculiaridades do contexto sócio-econômico do local do curso, isto é, os próprios problemas da região onde é ministrado o curso.

Esclareça-se que a especialização prevista pela Portaria não corresponde às habilitações específicas, segundo o modelo que previa a Resolução 03/72 com a consignação no diploma. A especialização aqui é mais uma concentração de matérias, sem prejuízo do conteúdo mínimo. Desta forma, a graduação é a de bacharel em Direito, sendo "Especialista" apenas o que realizar curso de especialização, em nível de pós-graduação *lato sensu*.

4 - Conclusão

Inicialmente, cabe ressaltar, que é indispensável uma boa avaliação externa dos cursos para elevar, efetivamente, a qualidade do ensino. Concomitantemente à edição da Portaria 1.886/94, há necessidade de uma avaliação periódica dos cursos, fixando-se critérios de avaliação. Neste sentido, a professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Loussia P. Musse Felix⁵⁶, propôs um sistema de avaliação que

observa a premissa de que, por meio de uma base teórica adequada e instrumental metodológico compatível, é possível alcançar-se maior qualidade no ensino jurídico pela aplicação de critérios de identificação dos cursos que explicitem, por meio de indicadores, a maior ou menor satisfação a parâmetros que a comunidade acadêmica e profissional estabeleceu como vinculados a padrões de qualidade.

Assim, os critérios e indicadores de avaliação foram sistematizados em três grandes tópicos: corpo docente, organização didático-pedagógica e infraestrutura. No primeiro grupo se buscará avaliar a qualificação dos docentes pela competência das atividades curriculares de ensino, pesquisa e extensão e as condições objetivas disponíveis para este desempenho, como, por exemplo, o regime de trabalho. Desta forma, se averiguará a titulação acadêmica do

corpo docente, a sua produção científica, o percentual de docentes com especialização completa e de envolvidos em atividades acadêmicas extra-classes e também a relação média docente/aluno. Em relação à organização didático-pedagógica será observado, entre outros itens, a grade e interdisciplinariedade e integração entre as disciplinas, o grau de oferta de disciplinas além do conteúdo mínimo e a distribuição da carga horária das atividades complementares.

A comissão de especialistas do ensino de Direito, ao avaliar os cursos de Direito, analisará a infra-estrutura da instituição a partir das instalações disponíveis, como, por exemplo, a biblioteca, na qual serão observados os seguintes itens⁵⁷: adequação do horário de funcionamento; informatização do acervo; participação em rede como COMUT, BIBLIODATA, etc; integração do curso com a biblioteca para atualização do acervo; sistema de empréstimo de livros; número de exemplares de livros jurídicos atualizados, assinaturas de revistas de legislação, doutrina jurídica e de jurisprudência, ou equivalente informatizados; equipamentos adequados para uso dos consulentes; espaço físico para salas de leitura ou trabalhos individuais ou em grupo; pessoal técnico-administrativo adequado e assinatura de jornais e revistas de atualidades disponíveis aos consulentes.

Já foi exaustivamente enfatizado ao longo do trabalho que a reforma não se dará a partir unicamente de resoluções, leis ou portarias, mas pela mudança de comportamento daqueles que no mundo jurídico atuam e se consideram com prometidos no processo de transformação da sociedade. A bem da verdade, a reforma é necessária em todo sistema educacional e não somente no ensino jurídico. A falência é do próprio sistema, pois o ensino tanto de primeiro como de segundo grau é deficiente. Ao ingressarem na universidade, os estudantes já chegam despreparados. San Tiago Dantas⁵⁸, na sua célebre aula inaugural em 1955, alertava que "o problema do ensino jurídico pode ser tratado como uma projeção, em campo mais particular, do problema geral do ensino superior, ou do problema da educação em todos os graus." Entretanto, a deficiência dos cursos de primeiro e segundo graus não serve de escusa para a baixa qualidade dos cursos de Direito.

Não se pode negar que a Portaria 1.886/94 traz enormes benefícios à formação do futuro operador do Direito. O currículo-mínimo está mais flexível e, de certa forma, atento às necessidades da realidade brasileira. A Portaria busca, dentro da extensão das suas possibilidades, aprimorar o ensino jurídico, vinculando o "legal" ao "real". No entanto, ela, sozinha, não poderá elevar a qualidade dos cursos de Direito. É preciso vontade e disposição dos que estão

⁵⁷ Avaliação dos cursos jurídicos a partir da proposta "Avaliação De Cursos Jurídicos: Bases Conceituais e Finalidade Metodológica dos Cursos dos Indicadores Externos" elaborada pela Loussia P. Musse Felix da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

⁵⁸ San Tiago Dantas escolheu o tema da reforma do ensino jurídico no Brasil para a aula inaugural do ano letivo de 1955, na Faculdade Nacional de Direito, abordando, inclusive, a necessidade de adequá-lo à realidade brasileira e indicando os "case systems" como uma possível idéia a ser adotada pelos docentes. Cf. "A educação jurídica e a crise brasileira". In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 159: 449-458, 1955.

⁵⁶ A professora é também consultora da Comissão de Especialistas de Ensino de Direito da SESu/MEC.

ligados ao mundo jurídico. É preciso que haja uma maior assiduidade dos alunos às aulas. É preciso que as aulas sejam interessantes, enfocando, também, assuntos atuais e aplicáveis à prática. As aulas-conferências devem ser, pelo menos⁵⁹, contra-balanceadas com aulas-participativas, ou seja, o aluno deve ser instigado a participar das aulas, desenvolvendo sua capacidade crítica e raciocínio lógico. Por sua vez, a universidade também tem que desempenhar o seu papel, investindo tanto no acervo bibliográfico, como criando escritório-modelos, contratando professores mais qualificados e que tenham um maior comprometimento com a instituição, pois só assim, haverá, de fato, uma elevação na qualidade de ensino.

Da falta de previsão de um dispositivo sancionador pela Portaria em casos de descumprimento decorre a necessidade da avaliação, externa e periódica, dos cursos jurídicos, como instrumento de consolidação do novo currículo mínimo. Apesar da sua eficácia e suas conseqüências só poderem ser realmente avaliadas a partir do ano dois mil, tendo em vista que o novo currículo só começou, obrigatoriamente, a vigorar para os alunos que ingressaram em 1997, a avaliação dos questionários aplicados, no Exame Nacional de Cursos, aos graduandos dos cursos de Direito em 1996, não deixa de ser relevante na almejada tentativa de se elevar a qualidade do ensino jurídico⁶⁰. Nas palavras do Ministro da Educação e do Desporto, Paulo Renato Souza,

a percepção do alunado acerca da experiência obtida com a vivência acadêmica é fator tão importante de análise quanto as habilidades e os conteúdos avaliados nas provas. É a vivência acadêmica que o credencia a expressar opiniões sobre a qualidade do curso que acabou de concluir, as condições de infra-estrutura que defrontou, os professores com quem conviveu e suas expectativas para o futuro.⁶¹

Desta forma, à medida que o ensino jurídico tem se apresentado como um ensino insatisfatório, tanto para os alunos, como para os professores e para a própria sociedade, que anseia por profissionais mais competentes e

⁵⁹ O ideal seria que este tipo de aula fosse banida do curso jurídico, pois como afirma Nicolás Calera: "os estudantes não crêm nos atuais métodos de ensino por serem eles ineficazes ou acríticos e passivos, o que os leva a desertar das aulas. Quer dizer, por um lado eles consideram que os métodos de caráter passivo (aulas magistrais e exames parciais e finais) não lhes proporcionam nada de especialmente relevante para o que constitui a finalidade dominante numa grande maioria: aprovar e obter o título. Eles também entendem, conseqüentemente, que para essa finalidade e com esses métodos basta-lhes, muitas vezes, o estudo de um manual. Estes métodos passivos são os mais generalizados, porque são, seguramente, os mais aptos para uma função de mera formação de especialistas e de reprodução ideológica. A situação se agrava caso se leve em conta o caráter preponderantemente memorístico dos exames e o escasso caráter prático dos ensinamentos(...). A permanência destes métodos colabora à manutenção dessa situação de ineficácia das faculdades de direito e do seu funcionamento como aparato ideológico do sistema". (cf. Nicolás Maria Lopes Calera, apud Eduardo Faria, José. A Reforma do Ensino Jurídico. Op. cit., p.66.)

⁶⁰ Instituto Nacional de Pesquisa Educacionais. Op.cit.

⁶¹ Id.Ibid.

comprometidos com a realidade brasileira, é indispensável um esforço comum na melhora dos cursos jurídicos. Como a Portaria 1.886/94 já está em vigor, urge lutar para que ela não seja apenas mais uma "letra morta". É indispensável que suas disposições sejam cumpridas para que sua principal finalidade (elevação da qualidade do ensino jurídico) seja alcançada. Sabe-se, pelo estudo da evolução histórica dos cursos de Direito, que reformas curriculares, por si só, não trazem mudança alguma na prática. Para evitar que se caia novamente numa reforma vazia, onde poderíamos dizer "*plus ça change, plus c'est la même chose*", é necessário uma fiscalização periódica dos cursos jurídicos por pessoas que tenham, realmente, vontade de tornar o curso jurídico mais eficiente na sua tarefa de formar profissionais mais qualificados e comprometidos na construção de uma sociedade justa.

O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: REFLEXOS NO “PROCESSO DO CONSUMIDOR”, ESPECIALMENTE QUANTO AOS DANOS MORAIS E ÀS CONCILIAÇÕES*

*José Augusto Garcia***

1 - Introdução

“*Não se faz uma revolução sem revolução*”, já dizia, há dois séculos, um especialista no assunto — o francês Robespierre. No campo do Direito brasileiro, também tivemos uma revolução, que atendeu, e atende, pelo nome de Código de Defesa do Consumidor. Sem terror, ou cabeças rolando, produziu-se um diploma extremamente avançado, que nos enche de orgulho perante a comunidade jurídica internacional. Como toda revolução, o Código arrebatou, transcende: não só as relações de consumo viram-se energicamente tocadas; em verdade, todo o nosso ordenamento, em sua inteireza, restou transformado. Não há, de fato, como resistir à força transfiguradora do Código, que perfilha, no seu ideário, aqueles anseios maiores da vanguarda jurídica, seja no plano do direito material, seja no plano do processo. Em especial, notabiliza-se o Código do Consumidor por assumir formidável empresa: a busca da “*ordem jurídica justa*”, na inspirada expressão de Kazuo Watanabe.¹

* O presente texto consiste na condensação de ensaio bem mais extenso, ainda não publicado, com o mesmo título. Nele, são abordados especificamente todos os demais princípios que reputamos fundamentais na sistemática do Código de Defesa do Consumidor (princípios do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, da ordem pública, da boa-fé objetiva, da transparência máxima, da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo e, por fim, da efetividade da tutela processual).

** Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio)

¹ “*O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa*”, acentua o mesmo jurista, aduzindo em outra passagem que, “*para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça*” (Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-129 e 135).

Positivar a *ordem jurídica justa*, contudo, não se mostra tarefa tranqüila, e muito menos isenta de riscos. Deparamos aí, seguramente, polêmica das mais fascinantes na jusfilosofia dos nossos tempos. Enfrentá-la aqui acarretaria irreversível desvio de rota, com a abordagem obrigatória de assuntos de grande complexidade. *Ordem jurídica justa*, deveras, implica falar em algo que, a grosso modo, se convencionou chamar de *Estado Social*, e hoje atravessa quadra de furiosa contestação; implica mexer, outrossim, no delicado tema do equilíbrio dos Poderes estatais, que muitos reputam ameaçado pelo fortalecimento excessivo do Judiciário; implica envolver-se, ainda, nos crescentes reclamos da democracia participativa. Bem se vê que a este trabalho seria impensável aprofundar-se em tão vasto leque de indagações. Mas o não-aprofundamento dos assuntos mencionados em nada prejudica o desenvolvimento do nosso raciocínio, uma vez que não pode haver qualquer dúvida acerca da aliança entre o Código de Defesa do Consumidor e o objetivo da realização de uma ordem jurídica substancialmente justa.

Também tendo em vista a materialização da ordem justa, destaque-se a tendência, igualmente indiscutível, de se deferir uma dose cada vez maior de poderes ao magistrado. Essa tendência, observada de maneira muito nítida no ordenamento pátrio, acaba por gerar interessantíssimo paradoxo: enquanto em largos setores o Estado se retrai, definha, o Estado-Juiz está cada vez maior e mais ativo, quase onipresente. Em outras palavras, a crise do alquebrado *Estado do Bem-Estar* não cruzou os lindes do processo, muito pelo contrário. Ponto para a democracia participativa. Afinal, a função estatal mais acessível ao cidadão, apesar de tudo, é mesmo a função jurisdicional. Por mais singela que seja a demanda, ela já terá o condão de levar o cidadão à presença do Estado-Juiz, órgão da soberania nacional.

Ordem jurídica justa, Estado Social, poderes do magistrado, democracia participativa. Aonde queremos chegar? Sem maiores rodeios, queremos tocar na questão dos princípios, da sistemática do Código de Defesa do Consumidor (doravante abreviado, em várias passagens, para "CDC"). Não é fácil, como já dito, positivar a *ordem jurídica justa*, emanção dos postulados do Estado Social. Para tanto, inevitável a inserção, nas leis, de normas de conteúdo aberto, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador. No CDC, sintomaticamente, identificamos várias e várias dessas normas *abertas*,² portadoras de *conceitos juridicamente indeterminados*.³ Em um sistema assim, sintonizado com a *ordem*

² Atente-se, à guisa de exemplificação, para o importante art. 51, IV (que sedia, na seara contratual, a recepção legal do princípio da boa-fé objetiva); são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

³ "Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da discricionariedade. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina poder discricionário. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias (...)" (v.g., nos casos

jurídica justa mas, por isso mesmo, dependente do subjetivismo do juiz, o que fazer para se garantir seja a lei de proteção aplicada de maneira razoavelmente uniforme e segura?

Aí, finalmente, atingimos em cheio a importância da interpretação lógico-sistemática do CDC, olhos postos nos princípios que se projetam do estatuto. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios do sistema, as normas abertas do Código traduziriam força eminentemente centrífuga, gerando verdadeira babel interpretativa. A indispensável segurança normativa também se volatilizaria, reduzindo ao máximo a própria razão de ser do estatuto do consumidor, que se tornaria refém do caso concreto, em total inversão de valores. *Ordem jurídica justa*, nessa hipótese, só se Nosso Senhor Jesus Cristo descesse dos céus e viesse a nós, pecadores, vestindo uma toga e empunhando um martelo...

Fica bem patenteada, portanto, a necessidade da exaltação dos princípios do sistema enfocado, os quais devem guiar a interpretação de todo e qualquer instituto do CDC. De fato, não se pode interpretar vírgula do Código sem o aval do sistema (aí englobados, logicamente, não só os princípios unificadores, mas também os fins da legislação). E repare-se que nem estamos nos aventurando na polêmica sobre constituir o CDC, ou não, um *microsistema*. Sendo ou não *microsistema*, impossível não atentar para os princípios que se irradiam do Código.⁴

Bem assentada a pedra fundamental deste artigo, cumpre precisar o seu objeto específico. Nossa atenção estará voltada para um dos princípios fundamentais do CDC, bem como para alguns efeitos concretos que dele se desprendem. Qual o princípio eleito? O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. Por que ele? Em primeiro lugar, por se tratar de um princípio pouco reconhecido, e menos ainda praticado. Na verdade, sequer o *status* de princípio lhe é deferido. Não obstante, e aí vem a segunda razão, cuida-se de princípio absolutamente crucial dentro da sistemática estudada.

Fechando esta introdução, retome-se a máxima que abriu o texto: "*não se faz revolução sem revolução*". O estatuto consumerista significou uma revolução no nosso Direito? Evidentemente que sim. Mas ela não será genuína se igualmente revolucionária não for a interpretação das normas positivadas pelo

dos arts. 394, 403, parágrafo único, e 559, *fine*, do Código Civil) — José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*, segunda série, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 66-67.

⁴ Por sinal, não é de hoje que se vem encarecendo o valor dos princípios, em relação à interpretação de qualquer sistema jurídico. Vão ficando anacrônicas, assim, posições como a do ilustre jurista Toshio Mukai, que, comentando o CDC (*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coordenador Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 12), verbera o seu art. 4º, tachando-o de "norma programática e sem nenhuma cogência", acrescentando o comentador que "não há que se perder tempo com essa disposição, posto que a norma não tem eficácia e consequência prática". Ora, no art. 4º é que descobrimos o barro seminal do sistema do Código, de modo que não será perdido, certamente, todo o tempo utilizado na análise do dispositivo; sua exploração percuciente, ao contrário, serve para iluminar os demais aposentos do estatuto de proteção, facilitando sobretudo a tarefa do hermenêuta.

CDC. Ao intérprete fiel, dessa forma, não se descortina opção outra senão infundir espírito igualmente transformador aos institutos e normas do Código, sob pena de desolador retrocesso. Em outras palavras: ao intérprete fiel cumpre sugar, sofregamente, toda a seiva dos princípios magnos do CDC, porque é neles que se concentra a essência do sistema. O princípio objeto deste trabalho é um dos que mais contribuem para plasmar a alma renovadora do CDC. É certo então: sem que se consolidem, em doutrina e jurisprudência, os arrojados efeitos que derivam do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, revolução, lamentavelmente, não haverá!⁵

2 - Instrumentalidade do Processo e *macroprocesso*

Antes da abordagem direta do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, convém pousar ligeiramente na doutrina da instrumentalidade do processo — extremamente cara às conclusões deste artigo —, cujo grande apóstolo é o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, autor de primorosa obra sobre o assunto, *“A Instrumentalidade do Processo”* (São Paulo, Malheiros, 1. ed. em 1987). Entre tantas outras idéias, valoriza o autor a visão externa e multidisciplinar do sistema processual, que se abre a perspectivas antes sufocadas pelo tradicional método introspectivo. O processo, em termos mais populares, deixa de se importar unicamente com o próprio umbigo e passa a questionar os seus resultados perante a sociedade. *“É tempo”*, diz o Prof. Dinamarco, *“de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida.”*⁶

Fundamental, na doutrina do Prof. Dinamarco, é a sublimação do raciocínio teleológico. E nem poderia ser diferente. Se o processo é um instrumento, quais os fins que a ele se ligam? Como diz o magistral doutrinador, *“é vaga e pouco acrescida ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego”*.⁷ Os fins, os objetivos

⁵ Sobre o mesmo tema, consulte-se o artigo *“As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do Juiz”*, de Adroaldo Furtado Fabrício (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 7, São Paulo, pp. 30-36, jul./set. 1993), que se inicia com a seguinte assertiva: *“Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação”*. Consulte-se ainda o ensaio *“Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”*, de Carlos Alberto Bittar Filho (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 12, São Paulo, pp. 44-62, out./dez. 1994), também se ocupando bastante do assunto da coletivização, *in verbis*: *“Malgrado toda a oposição que tem encontrado, o movimento renovador, com a força da água que rompe o dique, segue o seu curso — e deve mesmo segui-lo —, sempre guiado pelo coletivo. Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado (...)”*.

⁶ Ob. cit., 4ª. ed., 1994, p. 11.

⁷ Ob. cit., p. 149.

do sistema empalmam assim o papel de grandes protagonistas. Passa a ser imprescindível perscrutar os escopos da jurisdição. Nesse ponto, aparece o outro traço fundamental da obra: não é considerado apenas o escopo jurídico da jurisdição (atuação da vontade concreta do direito). Graças à abertura do sistema a ângulos externos, a jurisdição assume compromissos igualmente relevantes com escopos políticos (v.g., a afirmação da vontade do ordenamento estatal) e sociais (v.g., a pacificação com justiça).

Em suma, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica e, outrossim, contempla fins que transcendem o mundo jurídico. Não prescinde, logicamente, da efetividade da tutela processual, mas vai além. Tornando o sistema processual permeável *“às pressões axiológicas exteriores”*⁸ e descortinando os escopos extrajurídicos da jurisdição, o instrumentalismo acaba por favorecer o acesso a uma ordem jurídica que se quer substancialmente justa, e não apenas legal. Exatamente nesse ponto se cruzam os caminhos da instrumentalidade do processo e do Código de Defesa do Consumidor, estatuto que também se volta enfaticamente, como vimos repisando desde a introdução deste texto, para o acesso à *ordem jurídica justa*.

É esse riquíssimo encontro — CDC e instrumentalidade do processo — que pretendemos explorar aqui, dele extraindo concretas jazidas. Também deriva da proposta instrumentalista a necessidade de um processo rente ao direito substancial (sem prejuízo, evidentemente, da indiscutível autonomia do direito processual). E o processo do consumidor há de aderir ao potencial revolucionário das normas substanciais do CDC, a ponto mesmo de se permitir ser chamado de *“processo do consumidor”*.⁹ Eis aí, justamente, o desafio maior desse ousado *“processo do consumidor”*: não deixar, sob hipótese alguma, que no plano jurisdicional se esvaneça a índole transformadora das normas consumeristas de direito material.

Uma última observação deve ser feita neste capítulo. É a de que, sintetizando a invocação dos escopos extrajurídicos da jurisdição, recorreremos a

⁸ Ob. cit., p. 24.

⁹ Acabamos de pisar em solo minado. O próprio Dinamarco não cansa de deblaterar contra o chamado *“processo civil do autor”*, que guardaria indisfarçável ranço civilista. Por outro lado, todavia, a instrumentalidade do processo reclama uma adesão bem mais veemente ao direito material em jogo, no sentido de que o instrumento não pode sobrepor-se aos fins que lhe são respectivos. Como ficamos? Sem renegar, um instante sequer, a autonomia do direito processual, mas a bem mesmo dos postulados mais graves do instrumentalismo, pensamos que não pode o *“processo do consumidor”* deixar de se influenciar pelo espírito protetivo das regras materiais do estatuto consumerista. Aliás, a expressão *“processo do consumidor”*, que reconhecemos ser de técnica discutível, serve exatamente para realçar a imperiosidade dessa sintonia entre o processo e o direito material do consumidor. Para que não haja dúvidas sobre a nossa posição, saliente-se que ela vai perfeitamente ao encontro de uma das conclusões da obra citada do Prof. Dinamarco, a saber (p. 317): *“Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintivos do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (substance-procedure). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base (...)”*.

uma expressão que julgamos extremamente feliz: *macroprocesso*. Ela é empregada por outro processualista consagrado, Sérgio Bermudes, que o faz nos seguintes termos: “O processo, entretanto, se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito. Contemplado do ângulo do interesse social, o processo é macroprocesso, pela abrangência dos seus resultados. Sem o perceberem, os litigantes, na luta por seus interesses, minúsculos se confrontados com superiores razões sociais, propiciam a realização da paz e a admirável obra de criação do direito, que a decisão judicial realiza. Tenho já começado um ensaio com o título ‘O Caçador de Esmeraldas e o Processo Judicial’, onde comparo a aventura das partes, no processo, à de Fernão Dias Paes Leme, cantada no majestoso poema de Olavo Bilac. ‘E enquanto ias, sonhando o teu sonho egoísta, / Teu pé, como o de um deus, fecundava o deserto’. Como na epopéia do bandeirante, enquanto as partes contendem, na perseguição de seus objetivos, o processo realiza o milagre da atuação do direito como sistema de adaptação do homem no grupo, interpretando, aplicando e atualizando as normas, em consonância com as necessidades sociais.”¹⁰

Macroprocesso,¹¹ assim, significa um processo muito mais transcendente, plenamente imbuído das suas relevantes implicações sociais e políticas. Na abordagem do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, a seguir, prestigiar-se-ão com entusiasmo os escopos extrajurídicos da jurisdição, testando-se ao longe as esplêndidas potencialidades do instrumentalismo.

3 - O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo

Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.

¹⁰ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 72.

¹¹ Não resistimos à tentação de mais uma citação da obra do Prof. Bermudes (ob. cit., p. 80). A citação diz respeito à narrativa de um fato real sem qualquer consequência jurídica, mas que certamente tem muito a ver com a noção de *macroprocesso*: “Victor Nunes Leal, um dos maiores juizes do Supremo Tribunal Federal em qualquer tempo, costumava lembrar que, visitando Brasília, ainda em construção, Juscelino Kubitschek indagava aos operários o que estavam fazendo. A resposta vinha específica: assentando um tijolo, erguendo uma parede, fixando uma viga. Um dia, o presidente perguntou a um candango que escavava fundo a terra onde se fincariam os alicerces do mais belo monumento da nova cidade: ‘E você, o que faz: aí embaixo?’. A resposta moveu de tal modo Juscelino, que ele saltou no fosso para abraçar o operário: ‘Presidente, eu estou construindo uma catedral’. Urge que cada sujeito do processo se compeñe de sua função de construtor de catedrais.”

Nesse passo, descortinamos magnífica paisagem. Retraem-se, recolhem-se, os exauridos Tício, Mévio & Cia., intrépidos protagonistas de seculares pendengas. Em seu lugar, avançam os filhos da sociedade de massa, não mais brilhando em carreira solo, mas sim considerados na tessitura de grandes (e inevitáveis, até involuntárias) alianças, que encerram um número indeterminado de componentes. Não se trata, obviamente, de fenômeno privativo do Direito do Consumidor.¹² Sem prejuízo de se tratar de tendência geral,¹³ no Direito do Consumidor a ótica coletiva impõe-se de maneira ainda mais inelutável. Afinal, o próprio consumo diz respeito a uma função de índole coletiva.¹⁴ Não estivéssemos hoje em uma sociedade de massa, refratária a abordagens de cunho individualista, e não teria maior sentido erigir um sistema específico para a tutela dos direitos dos consumidores. A propósito do tema, e depois de citar Norberto Bobbio — para quem “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos (...)” —, salienta o advogado maranhense José Antônio Almeida que “O direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade de defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa (...)”.¹⁵

Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação da figura do consumidor. Diz o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.078/90: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Aos espíritos mais literais, careceria o dispositivo de um sentido prático mais palpável. No entanto, precisamente aí está a força da norma. De uma forma genérica, geral, e logo na sua fachada, o CDC já apregoa a relevância do fator coletivo. E nas outras equiparações que

¹² Há quase 20 anos, o Prof. José Carlos Barbosa Moreira já anunciava a emergência da coletivização do Direito em geral: “Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos: acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.” (*Temas de Direito Processual*: terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173).

¹³ Hoje em dia, já se concebe até a figura do dano moral coletivo, que consistiria, segundo Carlos Alberto Bittar Filho — autor de ensaio, já citado, sobre o viçoso tema — na “*injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade*” (ob. cit., p. 55).

¹⁴ Como leciona Thierry Bourgoignie, um dos maiores especialistas europeus na matéria: “O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em consequência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetidos por um número de indivíduos. O consumidor não pode em consequência ser considerado como parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos dos indivíduos que compõem o grupo econômico ‘consumidor’ (O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 13, abr./jun. 1993).

¹⁵ ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 106, jan./mar. 1997.

faz, relativas à figura do consumidor, o Código sublinha e engrossa esse traço fundamental. No campo da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento" (art. 17). No terreno das práticas comerciais e da proteção contratual, com mais ênfase ainda, "equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas" (art. 29).

Por falar em práticas comerciais e proteção contratual, eis um prato cheio para o princípio da dimensão coletiva. Repare-se desde logo que as patologias encontradas nesses recantos jamais atingirão somente um ou alguns consumidores, mas sim um universo bastante amplo, muitas vezes difuso. Pensemos primeiramente no exemplo mais óbvio, a publicidade. Trata-se de fenômeno eminentemente coletivo, com reflexos sociológicos os mais agudos, que extrapolam em muito o círculo jurídico. A civilização atual seria completamente outra se publicidade não houvesse. Não houvesse?! Positivamente, não conseguimos hoje, por maior que seja o esforço mental, cogitar de algum tipo de civilização sem publicidade...

Também insere entre as práticas comerciais está a oferta *stricto sensu* (arts. 30 a 35), cujo tratamento pelo CDC encerra outro sincero tributo à dimensão coletiva. Tome-se em especial o art. 30: "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Esta é a nova medida da oferta no sistema pátrio, aperfeiçoando em muito a figura da proposta assentada pelo Código Civil (art. 1.080), de matiz nitidamente individualista (como não poderia ser diferente). Sob a égide da formulação civilista da proposta, frutificou o entendimento de que os fornecedores não se vinculavam em razão das mensagens publicitárias por eles promovidas, já que tais mensagens caracterizariam um mero convite para a oferta ("invitatio ad offerendum"),¹⁶ tocando ao consumidor a iniciativa — e os ônus — da proposta. Por que "mero convite"? Simplesmente porque se tratava de uma oferta genérica, coletiva, que não conteria aquela vontade específica de contratar exigida pelo regime individualista do Código Civil. É certo que nos últimos tempos, mesmo antes da edição do CDC, uma interpretação evolutiva do Código Civil já se encarregaria de fulminar a tese individualista e iníqua da *invitatio*.¹⁷ De toda sorte, o CDC, pensando também em outros efeitos, fez questão de não

¹⁶ Confira-se a magistral obra da Profª Cláudia Lima Marques sobre contratos de consumo (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995), pp. 210/211: "Note-se que nos contratos de massa, a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas a todos os indivíduos, enquanto integrantes da coletividade. Esta oferta genérica, mas, principalmente, a publicidade e outras informações prestadas não vinculavam a empresa, sendo consideradas apenas uma *invitatio* ou um convite para a oferta por parte do consumidor (*invitatio ad offerendum*)."

¹⁷ Com a sabedoria que lhe é peculiar, sintetiza José Carlos Barbosa Moreira a necessidade da interpretação evolutiva das leis: é preciso "extrair da antiga partitura sonoridades modernas" (*Temas de Direito Processual Civil*: terceira série, ob. cit., p. 32). (No caso, tratava Barbosa Moreira da melhor interpretação, nos dias de hoje, para o art. 75 do Código Civil, dele retirando o mofo do imanentismo.)

deixar dúvida a respeito do poder de vinculação atribuído, na sociedade de massa, às manifestações negociais dos fornecedores. Inverteram-se, dessa forma, os sinais da equação: se no sistema (individualista) do Código Civil, o consumidor é que era "convidado" a ofertar, agora (na sociedade de massa) "o fornecedor é sempre o presumido ofertante, (e) o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado".¹⁸ Como se vê, forte é a ascendência do princípio da dimensão coletiva sobre a nova concepção de oferta posta pelo CDC, a qual trouxe, ressalte-se, importantes conseqüências práticas.¹⁹

Não fica atrás o capítulo da proteção contratual, especialmente quando o assunto é contrato de adesão (modalidade de contratação que responde por mais de 99% dos contratos entabulados nos tempos atuais, como informa Ana Emília Oliveira de Almeida Prado,²⁰ em artigo publicado na *Revista Direito do Consumidor* 11). Os contratos de adesão são produto por excelência da sociedade de massa. Entre as suas características estão a generalidade, a uniformidade e a abstração. Tão extensa é a órbita dos contratos de adesão que a proliferação desse instrumento, fenômeno do século XX, gerou preocupante desvio: os empresários, notadamente no que se refere aos grandes grupos, passaram a ostentar a condição de virtuais legisladores! Autorizados por algum tipo de outorga popular? Certamente que não... Nos contratos de adesão é que foi identificada a fonte desse esdrúxulo poder normativo. Como os abusos revelaram-se intoleráveis, exatamente em virtude da vocação coletiva desses contratos, sentiu-se a necessidade da reação do Estado, para recuperar o domínio que, paulatina e sorrateiramente, lhe fora subtraído. No Brasil, a reação tardou e só se fez presente com o CDC, primeiro diploma nacional a abordar diretamente os contratos de adesão.

Ainda sobre a relação entre contratos de consumo e o princípio da dimensão coletiva, vale destacar o regime das invalidades no CDC. Nele, impera a cominação da nulidade de pleno direito,²¹ deixando praticamente sem oxigênio a chance de alguma anulabilidade. A preferência pela nulidade (de pleno direito) reverencia razões óbvias. Enquanto as anulabilidades atendem basicamente a interesses de caráter privado e natureza individualista, o regime das nulidades vai afinar-se com os imperativos da ordem pública e do interesse coletivo (daí se

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit., p. 212.

¹⁹ Célebre foi o caso da Mesbla de Goiânia, que, alegando erro, não cumpriu os termos de publicidade veiculada em jornal que circulou no dia 23.08.91, frustrando assim verdadeira multidão de consumidores que ocorreu à loja da empresa atrás do produto anunciado. Sobre o episódio e seu correto enquadramento jurídico à luz do CDC, confirmam-se os excelentes trabalhos de Judith Martins-Costa e Alcides Tomasetti Jr., na *Revista Direito do Consumidor* 4, São Paulo, 1992.

²⁰ PRADO, Ana Emília Oliveira de Almeida. Disposições gerais contratuais no CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 27, jul./set. 1994.

²¹ Critica-se, no CDC, a falta de distinção entre nulidade de pleno direito e nulidade absoluta, figuras que, conceitualmente, se mostram inconfundíveis. Parece certo, entretanto, que, ao prever unicamente a nulidade de pleno direito, pretendeu o legislador conferir rigor ainda maior à sistemática das invalidades no plano das relações de consumo. A propósito do assunto, consulte-se o artigo de Anelise Becker — "A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor" — publicado na *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 117-131, jan./mar. 1997.

deduzindo as feições tradicionais desse regime: possibilidade de conhecimento de ofício, não-sujeição a prazos decadenciais etc.).

E a província da responsabilidade civil? A responsabilidade do fornecedor, na sistemática do CDC, também se acha vivamente marcada pelo fator coletivo. De fato, o que não representa a teoria do risco profissional, adotada pelo Código, senão a socialização dos riscos do mercado de consumo?²² O combate ao “*obsoletismo planejado*” (na definição de Zelmo Denari, o “*tecnicismo perverso para reduzir o tempo de vida útil dos produtos e, por via de consequência, aumentar a demanda*”)²³ testemunha igualmente a inexorabilidade da abordagem coletiva. E mais solar ainda se descobre a influência da coletivização quando um outro lado da questão da responsabilidade é enfocado: não o lado repressivo, mas sim o flanco preventivo. Nessa matéria, impõe o CDC aos fornecedores uma série de cautelas e providências (arts. 8º ao 10), que terão obrigatoriamente alcance geral, coletivo, prevendo-se inclusive a veiculação de anúncios publicitários, às expensas dos fornecedores, para alerta dos consumidores acerca da periculosidade de um produto ou serviço descoberta após a respectiva introdução no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º).

Até no plano penal, o fator coletivo não se faz de rogado.²⁴ Daí que se trata de “crimes contra as relações de consumo” (art. 61 do CDC), tendo por sujeito passivo a coletividade de consumidores. Impensável assim, mesmo sob os holofotes da prestigiosa doutrina que preconiza um direito penal mínimo, a descriminalização das condutas tipificadas no Código do Consumidor, uma vez que o raio de lesividade dessas ações é muito mais vasto.²⁵

Coroando a sistemática coletivizante, temos a avançada disciplina das ações coletivas, que contempla a defesa judicial não só dos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, mas também daqueles individuais homogêneos, categoria praticamente inédita no ordenamento pátrio.²⁶ Marcou-se assim mais um *gol de placa* no campo da tutela coletiva dos direitos, elevando-se o Brasil a posição de realce nesse campo (em que pese a recentidade do trato legislativo da

²² “*Evitando assim despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual*” (Sérgio Cavalieri Filho, A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor, *Revista Ensaios Jurídicos*, Rio de Janeiro, vol 1, p. 204, 1996).

²³ In *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 2. ed., Forense Universitária, 1992, p. 121.

²⁴ De acordo com o grande Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “*os tipos penais do CDC não podem ser lidos, estudados ou compreendidos sob a ótica dos bens jurídicos tradicionais, moldados para cuidar de relações fragmentadas e individuais e não de relações globais e coletivas, característica primeira da sociedade de consumo*” (Crimes de Consumo no CDC, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 122, set./dez. 1992).

²⁵ Em recente curso promovido pelo BRASILCON (seção Rio de Janeiro), em outubro/97, sustentou o brilhante penalista Juarez Tavares a descriminalização total das condutas tipificadas no CDC, substituindo-se a seção penal do Código por uma parte sancionatória administrativa mais rigorosa. A tese, contudo, ficou vencida na plenária final do evento, prevalecendo o entendimento (defendido pelo Des. Eládio Lecey) de que o CDC não pode prescindir do título referente às infrações penais.

²⁶ Antes do CDC, apenas a Lei 7.913/89 (dispondo sobre a proteção de investidores no mercado de valores mobiliários) previu, não explicitamente, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Daí se afirmar que o CDC criou a primeira *class action* brasileira.

matéria). Não bastasse, trouxe o Código a possibilidade de realização de convenções coletivas de consumo (art. 107), em outra iniciativa inovadora. Enfim, seja através da maior abrangência das ações coletivas (e até dispensa do requisito da pré-constituição das associações legitimadas — art. 82, § 1º), seja através da previsão de convenções coletivas, buscou o Código do Consumidor fomentar o associativismo (confira-se o art. 4º, II, b),²⁷ pela singela e fundamental razão de que os conflitos gerados por uma sociedade de massa devem ser enfrentados de maneira congruente, ou seja: coletivamente.

4 - O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo e os Danos Morais — A Função Preventivo-Pedagógica das Indenizações, Especialmente Quanto aos Danos Morais “Derivados”

Apesar da importância do princípio da dimensão coletiva, muitas vezes, sobretudo na prática judiciária, ele se vê solenemente ignorado, não se lhe concedendo qualquer efeito mais sério. A reação não causa espanto maior, muito fundas que são as raízes individualistas do nosso Direito. Pouco a pouco, porém, a resistência cede e o individualismo perde terreno no mundo jurídico, não se afigurando temerário augurar consistência cada vez maior, e mais decisiva, para o princípio que estamos focalizando.

Dentro da tendência apontada, muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos morais. Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluta, passou-se a admitir uma função punitiva para as condenações relativas a danos morais. Genuinamente “punitiva”? Não, talvez o termo não seja o mais exato. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função *preventivo-pedagógica* pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva (o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são recobertas por uma infalível sombra coletiva). E são exatamente essas as pendências, inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Óbvio, então, que a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos, sob a ótica do fornecedor, não são eventuais, mas sim habituais, profissionais (o que por sinal agrava a vulnerabilidade do consumidor no campo judiciário). Por sinal, a distinção entre os litigantes “eventuais” e os litigantes “habituais”, por reproduzir no processo a desigualdade existente no campo

²⁷ Infelizmente, a trilha do associativismo ainda se mostra pouco explorada entre nós, o que é compreensível em um país com escassa tradição no terreno do solidarismo; não obstante, o incentivo do CDC ao associativismo serve para dar ainda mais expressão ao princípio da dimensão coletiva.

material, revela-se de grande importância para o encadeamento deste artigo. Quem se debruça sobre a questão é o incomparável Mauro Cappelletti: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas (...)”²⁸

As “numerosas” vantagens dos litigantes *habituais* reiteradamente acicatam, entre nós, práticas empresariais sumamente desleais e nocivas ao consumidor. Claro! Sabem perfeitamente os fornecedores menos atentos aos ditames do princípio da boa-fé que a grande maioria dos consumidores lesados por determinada prática abusiva ou se conformará com a lesão, por uma série de motivos — v.g., pode ser medo de represálias,²⁹ pode ser a problemática do acesso à justiça deficiente, drama universal —, ou mesmo sequer se aperceberá dela. Quanto aos inconformados conscientes, também não infundem maior temor, pois igualmente é do conhecimento do fornecedor pouco católico que essa minoria terá de se ver com os percalços referentes ao sistema judicial, incluídas aí não só as dificuldades quanto à prova dos fatos alegados, mas também as inevitáveis crises nervosas que serão ofertadas ao patriota litigante (*eventual*) pelo nosso calamitoso processo de execução.^{30 31} Dessa forma, muitas vezes o *crime* compensará, e muito!

Hão de se considerar, outrossim, aquelas lesões, ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente mas geram um fabuloso enriquecimento ilícito para o fornecedor. Recentemente, por exemplo, noticiou-se que havia bancos movimentando indevidamente o dinheiro dos seus clientes, sem o conhecimento destes. Os danos individuais certamente terão sido diminutos, não compensando a propositura de uma ação judicial (mesmo em um Juizado Especial), até porque o assunto envolve complexidade técnica. O lucro gerado aos bancos, ao contrário, pode ter sido assaz confortante, ainda que descoberto o abuso (sendo lícito supor, aliás, que muitas peraltices do

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Colaboração de Bryant Garth. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 25.

²⁹ Há relações de consumo especialmente propensas a represálias inomináveis, como é o exemplo do ensino particular; as maiores vítimas são crianças de tenra idade que nada têm a ver com o conflito instaurado (entre os pais e a escola).

³⁰ No processo de execução aqui praticado, como é notório, o exequente amiúde é transformado no mais vil dos delinquentes, o que violenta o anseio de efetividade do processo, anseio este, entretanto, que só parece valer para o processo de conhecimento. Quanto à Lei 8.009/90, que inaugurou entre nós um sistema de virtual irresponsabilidade civil, melhor nem comentar...

³¹ As adversidades de um processo pouco instrumental geram resultados bastante deprimentes. Na minha experiência profissional, como Defensor Público, já ouvi várias e várias vezes, de autores arrependidos, o mesmo desabafo: se soubessem o que realmente lhes esperava, teriam preferido mil vezes suportar o prejuízo do que invocar a jurisdição...

gênero sequer cheguem a ser desvendadas). Mais uma vez, o *crime* revela-se altamente compensador...

Cite-se mais um exemplo concreto, que está na *Revista Direito do Consumidor* 21.³² O caso foi de propaganda enganosa: “Induzimento do consumidor, através de embalagem visível, à aquisição de produto, o que daria direito à participação em sorteio de prêmios, àquela altura, segundo o regulamento oculto no interior da embalagem, já realizado”. Apesar de a conduta do fornecedor denotar deslealdade, perfídia, pouco tem o consumidor a reclamar se adotada a mentalidade tradicional, que exige prova exaustiva para todos os prejuízos sofridos. Vejam-se então os malabarismos aritméticos a que foi levado o autor no seu pedido (ao final vitorioso): “Postula por indenização que deve ser calculada tomando-se por base o resultado do cálculo de probabilidade de ser contemplado com qualquer das premiações elencadas no regulamento do concurso, levando-se em conta a representatividade monetária atualizada de cada prêmio, considerando-se o número de embalagens enviadas à patrocinadora do sorteio. Após este cálculo, considere-se a média ponderada dos valores dos bens oferecidos em sorteio, já que o primeiro deles é o mais expressivo e em muito se distancia dos demais, além de ser o único destacado na frente da embalagem.” Ufa! Em que pese a criatividade do pedido, não parece a ação capaz de desestimular, de maneira eficaz, o procedimento abusivo do fornecedor, que certamente lesou um número expressivo de consumidores.

Como combater tantas iniquidades, em tão larga escala? As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem — e nunca poderão — preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso — e essa é uma idéia fundamental do presente trabalho — que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos morais, ao contrário do ressarcimento por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobremodo a essa transcendência maior reclamada para o “processo do consumidor”. Se não tivessem sido objeto de veto presidencial os dispositivos do CDC que previam a multa civil (arts. 16, 45 e 52, § 3º), não se exigiria tanto da indenização por danos morais. Sem a multa civil, porém, o já comentado *macroprocesso*, para a concretização dos seus amplos escopos, muito vai depender da concepção que triunfar, no foro, a respeito do peso da indenização por danos morais.

É claro que ausência de balizas fixas, como foi mencionado acima, não quer dizer ausência de quaisquer paradigmas. Não. Paradigmas que guardem flexibilidade (afinal, em matéria de danos morais, desculpem o óbvio ululante, cada caso é um caso...) mostram-se bem-vindos, para propiciar maior segurança aos jurisdicionados. Mas é fundamental que tais paradigmas, a serem burilados

³² *Revista Direito do Consumidor* 21, São Paulo, pp. 154-157, jan./mar. 1997.

pelos tribunais, observem a dimensão coletiva das relações de consumo. Nesse labor, a análise da conduta do réu terá importância crucial, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso então proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito maior! É a materialização, repita-se, do chamado *macroprocesso*. Pedindo mil vênias, sintetize-se a tese esposada com a paródia de um dito popular grosseiro e retrógrado: *o juiz pode até não saber por que está batendo, mas o fornecedor sabe por que está apanhando...* Em outras palavras, mais contidas: mesmo que o dano moral propriamente dito não tenha sido tão saliente sob o aspecto subjetivo, o fornecedor muitas vezes merecerá indenização rigorosa, para que restem desestimuladas lesões idênticas contra um número indeterminado de vítimas.

Não devem as palavras mais bombásticas do texto deixar a impressão de que estejamos descobrindo a pólvora. Muito pelo contrário. A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico. Mas ainda falta assentar, solidamente, a necessidade de aplicar tais diretivas às relações de consumo com a maior contundência possível. Ora, dada a dimensão coletiva desse tipo de relação, não há território mais propício à afirmação da transcendência social da indenização por danos morais. Essa transcendência, aliás, é prevista implicitamente pelo CDC, quando trata das ações coletivas. Com efeito, ao prever a condenação genérica nas ações para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos. no art. 95, e ainda a reparação fluida (*fluid recovery*), no art. 100, operou o CDC mais um prodígio, assim comentado pela emérita Prof^a Ada Pellegrini Grinover: *"Nos termos do art. 95, porém, a condenação será genérica: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos causados e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como revolucionário e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do prejuízo provocado."*³³

As lições acima consolidam de uma vez por todas a certeza de que, nas lides de consumo, as atenções devem recair precipuamente sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados. Dessa forma, reforça-se sobremaneira a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais. Mesmo que o conflito de consumo se apresente nominalmente individual, a mesma *ratio essendi* das ações coletivas deve prevalecer, eis que pertencerá o conflito, sempre, a uma dimensão coletiva, como já repetido à exaustão.

³³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, ob. cit., p. 549.

Entremostra-se nessa passada, quando falamos sobre a função *preventivo-pedagógica* dos comandos judiciais nos pleitos consumeristas, um escopo verdadeiramente político da jurisdição. Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública do consumidor, desestimulando o infrator da maneira a mais *persuasiva* possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando o fornecedor, estimule ainda mais o proceder ilícito. Imagine-se por exemplo uma empresa que recebe o preço do consumidor (no mínimo é pago um sinal) e não entrega o produto alienado, valendo-se de variada sorte de artifícios procrastinatórios. Em um caso assim, a condenação simples (o desfazimento do contrato e a devolução do que foi pago pelo consumidor), sem danos morais, representará maravilhoso prêmio para o mau fornecedor, que embolsou o dinheiro do consumidor, belo capital de giro, e só será realmente obrigado a devolvê-lo, em hipótese otimista, muito tempo depois, quando o exausto e desiludido consumidor conseguir enfim superar os terríveis obstáculos do processo de execução. Moral da nossa história (infelizmente não ficcional, muito pelo contrário): o sinal verde sorriu para novas estripulias do fornecedor, e quem ficou realmente desestimulado foi o consumidor, que pensará 37 vezes antes de reclamar novamente os seus direitos. Melancolicamente, terá sido confirmada a maldição da expressão (quase um xingamento) *"vai procurar seus direitos"*.³⁴

Exatamente para evitar que *"vai procurar seus direitos"* continue entre nós na forma de anátema, próprio de bocas sujas, mostra-se absolutamente essencial efetivar aqui as generosas idéias que inspiram o instrumentalismo, o *macroprocesso*. O processo, insista-se, não é mais visto como mero instrumento técnico de resolução de conflitos individuais. Quer-se mais do processo, uma função muito mais transcendente. Quer-se que ele atue positivamente na busca da elevação dos padrões éticos de uma sociedade. A decisão judicial assume, com o *macroprocesso*, um peso muito maior, servindo não só para resolver com justiça o caso concreto, mas também para prevenir semelhantes lesões. É dessa função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais que o Direito do Consumidor, em especial, não pode prescindir, tendo-se em vista a sua dimensão eminentemente coletiva.

Mas não concedamos exclusividade ao princípio da dimensão coletiva. Afora ele, outros princípios básicos do CDC também servem para clarear a discussão, indissolúvel que é o concerto dos grandes princípios do Código. No exemplo dado um pouco acima — a *condenação* que premia o mau fornecedor —, o consumidor terá pago, antecipadamente, o preço do produto (ou parte do

³⁴ Sobre a expressão, vale transcrever passagem do ótimo *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*, do magistrado fluminense Luis Felipe Salomão (Rio de Janeiro, Destaque, 1997, p. 25): *"Na feliz imagem do desembargador de São Paulo, KAZUO WATANABE, nos países de primeiro mundo a expressão 'eu te processo' assusta o causador do dano, que logo se preocupa em compor com o lesado. Ao inverso, nos países que maltratam o direito do cidadão, a expressão 'vai procurar seus direitos' é que assusta, já que o lesado sabe que terá que percorrer longo e demorado calvário, além de dispendioso, para ver restabelecido seu direito."*

preço). Trata-se de situação corriqueira nas relações de consumo, algo que já confere, de cara, uma grande vantagem, inclusive psicológica, ao fornecedor. Este, além disso, encarna a figura do litigante *habitual*, ao passo que o consumidor assume as vestes do litigante *eventual*, outro fator que traz enorme vantagem ao primeiro. Vale frisar novamente o lado psicológico: enquanto um processo não costuma trazer qualquer abalo à normalidade das atividades do fornecedor, para o consumidor a empreitada judicial pode redundar em transtornos sérios, não sendo incomuns os relatos de quebra da harmonia doméstica e até perda do emprego, decorrente das faltas ligadas ao acompanhamento do processo.³⁵ Tudo isso evoca, logicamente, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.³⁶ Portanto, também deve ser irrestrita a aplicação, aos casos de danos morais nas relações de consumo, dos corolários do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade. É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor, o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada. O próprio Código Civil, a propósito, já dispõe no seu art. 948 (infelizmente não muito explorado): “*Nas indenizações por ato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado*”.

Outro princípio básico que comparece com entusiasmo ao debate é o princípio da boa-fé objetiva.³⁷ Cuida-se de mais uma fonte de inspiração essencial para a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais. Essencial e decisiva, principalmente no que toca àqueles danos morais que denominaríamos “*derivados*”. Que danos são esses? Passemos a lhes dedicar atenção: danos morais “*derivados*”, segundo nossa concepção, são aqueles danos que acompanham, escoltam, uma lesão primária conexa de conteúdo patrimonial (e geralmente com origem em contrato). Não se confundem com os chamados danos morais “*reflexos*”. Enquanto estes tomam a forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial — no exemplo clássico de Carlos Alberto Bittar, é o atentado à imagem que acarreta a

³⁵ Novamente deparamos com a problemática do acesso à justiça deficiente. As mazelas extraprocessuais do processo, por assim dizer, sacrificam especialmente as pessoas mais pobres, sem condições de pagar advogado particular. E as perspectivas não são boas. A obsessão do “Estado mínimo” pode tornar cada vez mais precário o atendimento, nos órgãos públicos, daqueles que necessitam de assistência jurídica.

³⁶ Cuida-se de princípio fundamental da sistemática estudada, positivado expressamente pelo CDC (art. 4º, I). O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deve ser aplicado diretamente às lides de consumo e determina inversão radical de ônus e riscos, do consumidor para o fornecedor. Consigne-se, ao ensejo, que o Código não é paternalista, mas existe uma realidade de poder a ser combatida. Se não há qualquer dúvida quanto à disparidade substancial de forças entre fornecedor e consumidor, nada mais isonômico do que oferecer ao último instrumentos que possam conter o poderio do primeiro. O Direito existe para conter e controlar o poder do mais forte, possibilitando a vida em sociedade.

³⁷ O princípio da boa-fé objetiva também se encontra expressamente positivado no CDC (arts. 4º, III, e 51, IV). Ao contrário da boa-fé subjetiva, que se preocupa com o estado anímico do agente em uma dada situação concreta, a boa-fé objetiva traduz verdadeira regra de conduta, expandindo o controle judicial sobre a atividade do fornecedor.

perda da clientela —, os danos morais “*derivados*” ostentam estrutura rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de arrastar, provocar, danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “*derivados*”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na exasperação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

Até hoje, pouca ou nenhuma atenção foi dada pela doutrina aos danos “*derivados*”, cujos contornos conceituais, dessa forma, são largamente desconhecidos. Mesmo porém sem portar documento de identidade, eles existem, e os tribunais têm discutido sobre a sua ressarcibilidade. Com os subsídios do princípio da boa-fé objetiva, também nós discutiremos a ressarcibilidade, ou não, dos danos morais “*derivados*”.

Frise-se em primeiro lugar esse ponto: que os danos morais “*derivados*” existem, não pode haver dúvida nenhuma. Todos somos consumidores e sabemos quão torturante, do ponto de vista emocional, pode ser o comportamento de um fornecedor impontual e pouco cioso de suas responsabilidades. Ademais, lesões aparentemente pequenas podem provocar verdadeiras tempestades no lar do consumidor. Não bastasse, qualquer questão judicial, como já frisado logo acima (quando falávamos sobre a posição desfavorável do consumidor, litigante *eventual*, sob o ângulo psicológico), acende a perspectiva de aborrecimentos e percalços bastante penosos para quem teve seu direito lesado, com direito a filas nos órgãos de defesa do consumidor e perda de dias de trabalho. Tudo isso, indiscutivelmente, é dano moral. É claro que esses danos morais “*derivados*” não se ombreiam, por exemplo, à dor provocada pela morte de um ente querido. Mas são, igualmente, danos morais. Pode mudar o grau, ou a espécie, mas a essência é a mesma!

Passando agora ao cerne da discussão sobre a ressarcibilidade ou não desses danos morais “*derivados*” — que inegavelmente existem, não se questione mais tal premissa —, cumpre lançar na arena de debates o princípio da boa-fé objetiva, cabendo a ele, como se verá, a tarefa de ordenar e decidir a polêmica. Pois bem, em qualquer setor da vida social, não se pode (e nem seria conveniente) juricizar todo padecimento de ordem moral. O Direito do Consumidor não é exceção. Nem toda vicissitude experimentada pelo consumidor desafiará uma correspondente indenização por danos morais. Portanto, na seara dos danos morais “*derivados*”, há aqueles que justificam indenização e há também outros que não induzem a mesma consequência. Como diferenciá-los? É exatamente aí que aparece, providencial, o princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva deve consistir na bússola precípua da ressarcibilidade dos danos morais “*derivados*”. De fato, caso o comportamento do fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva — que expressa verdadeira regra de conduta, como já visto —, a indenização se fará oportuna.

Ao contrário, se inexistente a ofensa, faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo, em regra, a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como critério desempataador, comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo consumidor.

Um exemplo prático se faz bem-vindo, para perfeito esclarecimento sobre a influência do princípio da boa-fé objetiva. É exemplo prático e trivial, dizendo respeito a um dos raros terrenos em que a Lei 8.078/90 não protegeu suficientemente o consumidor: o terreno da responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços (arts. 18 e seguintes). Como é notório, não bastassem as limitações que o § 1º do art. 18 do Código inflige aos consumidores, grandes lojas, ainda por cima, resistem sobremodo à troca de produtos viciados (ou devolução do preço), mesmo naquelas situações em que não subsiste dúvida, fática ou jurídica, quanto à obrigatoriedade da troca. Por sinal, outro exemplo prático que logo vem à mente diz respeito a certos planos de saúde, que adotam comportamento semelhante: criam enormes dificuldades para a obtenção de coberturas claramente devidas (máxime em casos de exames e intervenções), na esperança de que o consumidor, atarantado pelo problema de saúde, acabe pagando por aquilo que o plano deveria assegurar. Tem-se, nos exemplos dados, ofensa manifesta ao princípio da boa-fé objetiva. O fornecedor, visando à obtenção de lucros, aposta na falta de reação do consumidor vulnerável e, ainda mais grave, investe na revogação virtual de dispositivos de ordem pública. Inevitáveis danos que ocorram nesse contexto de reiterada inobservância da lei³⁸ devem ser ressarcidos com severidade, até mesmo na hipótese (não muito provável) de comprovar o fornecedor a inocorrência de qualquer intenção dolosa ou culposa. O princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo, afinal, estabelece um padrão objetivo de conduta. Em outros termos: exige-se respeito objetivo à ordem pública de proteção ao consumidor, o que dispensa qualquer cogitação acerca de culpa ou má-fé subjetiva. De todo modo, podendo ser identificada má-fé subjetiva, o agravo ao princípio da boa-fé objetiva se potencializa, e a indenização deverá ser ainda mais rigorosa, evidentemente.³⁹

Antes de seguir caminho, que fique muito claro: contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva não se confunde com ocorrência de culpa! A boa-fé

³⁸ A Revista *Direito do Consumidor* 21 (jan./mar. 1997), pp. 160-166, publica acórdão excepcional da 6ª Câm. Cív. do TJRS, relator o Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 06.06.1995, v.u., versando sobre operações bancárias, matéria que até hoje resiste ao enquadramento do CDC. No parecer da Dra. Sara Schutz de Vasconcellos, Procuradora de Justiça, mencionado no acórdão, usa-se expressão bastante venturosa para definir o procedimento das instituições financeiras: "*filosofia financeira leonina*". Nada melhor para expressar a afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Muitos fornecedores adotam, realmente, filosofias empresariais nocivas, que atingem não um ou dois consumidores, é óbvio, mas sim uma coletividade deles.

³⁹ Em obra de grande brilho (*A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1997), demonstra o Prof. Guilherme Couto de Castro, juiz federal, que a aferição da culpa, longe de experimentar seu outono, continua tendo grande relevância sob vários aspectos, notadamente no que toca ao balizamento do dever de ressarcir, convivendo sem problemas com a responsabilização objetiva.

objetiva prescinde por completo da cogitação de culpa (como ocorre na responsabilidade civil objetiva). No Direito do Consumidor, a entronização da boa-fé objetiva corresponde a um imperativo de efetividade, vez que um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, habitado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se esfarelam, principalmente no caso das grandes corporações.

Por tudo que já foi expandido, nem é preciso dizer que adotamos um conceito bastante generoso de dano moral. Na verdade, trata-se de uma tendência, que tem rumo certo: a aceitação da ressarcibilidade daqueles danos morais que chamamos de "*derivados*". Depois da superação da polêmica sobre a ressarcibilidade em tese do dano moral, seguiu-se a discussão sobre a sua conceituação, a sua delimitação. E os tribunais, pouco a pouco, vêm assimilando aquela abrangência maior propugnada. Para que o dano moral seja reconhecido, e ressarcido, não mais se faz mister que a vítima perca os sete filhos espartilhados ou tenha os dois olhos furados... Assim, deve ser indenizado qualquer dano extrapatrimonial que possua um mínimo de relevância jurídica — ou seja, que tenha sido provocado por conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva —, até mesmo danos próprios do cotidiano, sem maior apelo dramático. Nada mais justo. Qualquer tipo de dano rompe o equilíbrio visado pelo Direito para as relações sociais. A negação desse axioma significa liberar uma perigosa *zona franca* do dano, onde todos os pecados serão absolvidos quando o prejuízo não for grave. A aludida *zona franca* não só abala, reitera-se, o indispensável equilíbrio das relações sociais, como também incentiva comportamentos nocivos, enfraquecendo a tutela geral da dignidade da pessoa humana.⁴⁰ Recompor o equilíbrio perdido, por conseguinte, afigura-se vital. Para tanto, seja o dano material ou moral, patrimonial ou extrapatrimonial, grave ou nem tanto, imperiosa se torna alguma forma de compensação, que pode ser pecuniária ou não.

Ao ensejo, sustente-se que não de ser incentivadas as chamadas indenizações *altruísticas*, reconhecendo-se a presença, em tese, de todas as condições da ação no pleito em que a vítima de dano moral pede seja a reparação respectiva destinada a uma entidade filantrópica ou a qualquer outro fim humanitário. Versasse o pleito sobre danos materiais, haveria realmente sérias suspeitas de carência de ação. Mas se se trata de reparação de danos morais, a pretensão reparatória ganha flexibilidade muito maior. Poderá referir-se a dinheiro, a um pedido de desculpas, à prestação de um serviço à comunidade ou a qualquer outra obrigação idônea à compensação da dor moral. Esta, ao contrário do dano material, não pode ser vinculada a qualquer valor monetário. Não se atribui ao lesado, por isso, rígido e milimétrico *pretium doloris*, mas sim uma compensação, uma satisfação. Apresentando-se o pedido *altruístico* inteiramente

⁴⁰ Registre-se, sem entrar no mérito, que, nos EUA, vem-se dando enorme destaque à política de "tolerância zero" do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que defende a punição de qualquer infração penal, exatamente para desestimular as infrações mais graves. Do ponto de vista do direito repressivo, a política levanta dúvidas e controvérsias. No plano cível, entretanto, idéias tais podem e devem ser utilizadas no trato de conflitos portadores de dimensão coletiva.

adequado à compensação do dano moral, não pode ser impedido por duvidosas tecnicidades.

Vale observar ainda que, dentro da amplitude do dano moral aqui defendida, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados. Tome-se por exemplo o lazer. Cuida-se de direito social, expressamente previsto na Constituição (art. 6º, *caput*). No entanto, à luz de uma visão mais acanhada, a perda do lazer não seria considerada dano moral. Como também não poderia, à evidência, ser enquadrada como dano material, ficaria absolutamente impune a lesão de direito — e desrespeitada a própria Constituição, que não foi feita para acomodar termos diletantes e palavras inócuas. Exemplo prático: o consumidor contrata os serviços de uma empresa que lhe proporcionará *navegação* na Internet; contudo, a empresa contratada mostra-se incrivelmente inidônea e atrasa bastante a conexão do consumidor à Internet, cumprindo assinalar que a *navegação* almejada serviria tão-somente ao lazer do consumidor, sem qualquer repercussão patrimonial. Somente com a compreensão mais generosa do dano moral, pois, é que se poderá estabelecer uma indenização autônoma para o agravo ao lazer do consumidor. Dessa forma, ativar-se-á a tão louvada função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais, especialmente relevante para aqueles danos que denominamos de “*derivados*”. É exatamente o caso do consumidor que se quer conectar à Internet: a lesão primária de conteúdo patrimonial consiste no descumprimento do contrato e terá sancionamento próprio (extraível do regime contratual); já a frustração do lazer constitui dano moral “*derivado*” e também merecerá, segundo sustentamos, reprimenda específica.

Enfim, ocorrendo dano, há de se indagar: dano material? Se não for material, não restará escapatória: por exclusão, só poderá ser dano moral. Ressarcível? Naturalmente (desde, ressalve-se, que contenha um mínimo de relevância jurídica), sob pena de se deixar impune a prática antijurídica.

Quanto à questão da prova dos danos morais, em especial dos danos “*derivados*”, insta tecer breves comentários, eis que a matéria se presta a retumbantes equívocos. O dano moral, a rigor, não se prova. Ou melhor: impossível provar, de maneira direta, um dano moral. Afinal de contas, desculpem mais uma vez o óbvio, o dano é... moral! Sendo moral, diz respeito a um fato íntimo da pessoa humana, que só pode ser sentido pela própria pessoa lesada, mais ninguém (no máximo poderíamos ter testemunhas indiretas). É o triste quem sente a tristeza, assim como é o humilhado quem conhece a humilhação. Portanto, a única prova cabível é a prova indiciária, a ser apreciada em sintonia com as regras de experiência comum (bastante enaltecidas pela sistemática dos Juizados Cíveis, como revela o art. 6º da Lei 9.099/95). O que se há de comprovar, pois, é a existência de um quadro fático presumivelmente propício, segundo um critério de razoabilidade, à geração de danos morais. Assim, se a mãe perde o filho, presume-se de forma quase absoluta a sua dor, dispensável por completo a prova testemunhal. A parte adversa, sim, é que fica

com o ônus de demonstrar, também através de indícios, que a morte do filho à mãe não trouxe dor.⁴¹

A conclusão do parágrafo anterior serve também à censura de outro equívoco muito comum, qual seja, o vício de levar a decisão sobre o *quantum* da reparação para a fase de liquidação da sentença. Ora, não havendo como provar de maneira direta o dano moral, também não se vê qualquer sentido em transferir a decisão relativa ao *quantum* indenizatório para a liquidação da sentença. O arbitramento do *quantum* é então puramente judicial, prescindindo por completo dos subsídios de qualquer perito (a não ser, claro, o perito jurídico — o juiz).

Uma ressalva final deve ser feita neste capítulo. É a de que não se está aqui a aplaudir ou incentivar a denominada “*indústria do dano moral*”, que responde pelo subproduto patológico do fortalecimento (salutaríssimo) da figura dos danos morais. Fenômeno talvez inevitável em culturas não afeitas a padrões éticos mais rígidos, cresceu nestas plagas, incontestavelmente, o número de litigantes temerários, movidos por reprovável espírito de aproveitamento (v.g., pessoas que torcem com fervor, e até colaboram, para a ocorrência de uma inclusão indevida do nome em cadastros negativos de dados, confiantes em que um golpe de sorte lhes abrirá enfim as portas da fortuna...). Mas se trata da exceção, da patologia, não sendo justificável breçar avanços e conquistas só porque passíveis de efeitos colaterais indesejados. Aliás, fosse a covardia a marca do homem na História, sequer com a roda contaríamos hoje, e até mesmo os brilhantes escritos que costumam produzir doutrinadores do porte de Barbosa Moreira, Dinamarco, Calmon de Passos — para ficar exclusivamente na área jurídica —, só teriam a chance de se materializar, no melhor estilo rupestre, nas paredes de uma caverna...

Demais, saliente-se que a própria ordem jurídica apresenta mecanismos de contenção. O princípio da boa-fé não tem mão única, e se irradia, sem sombra de dúvida, para o campo processual.⁴² Dessa forma, à luz do princípio da boa-fé, eventuais manifestações de má-fé processual podem e devem ser punidas com rigor mais intenso. Até mesmo pelo caminho da analogia podem ser esconjuradas pretensões indenizatórias manifestamente maliciosas: se na área criminal é repudiado o chamado “*flagrante provocado*”, também na seara do consumidor não se pode tolerar o análogo “*dano moral provocado*”. Fica pois a ressalva de que conferir função *preventivo-pedagógica* às indenizações por danos

⁴¹ Confirmando as assertivas do texto, confira-se o julgado citado por Aduino Suannes em artigo publicado nas Seleções Jurídicas ADV/COAD 12/97, p. 6: “*O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização*” (RT 681/163). Por seu turno, o citado Carlos Alberto Bitar Filho aduz, com perspicácia, que “*O esquema de causalidade do dano moral pode ser equiparado ao dos crimes formais, ou de mera conduta*” (ob. cit., p. 55).

⁴² Tal irradiação, em que pese confirmada pelo próprio legislador (uma das hipóteses de deferimento de tutela antecipada fixa-se exatamente na caracterização de “*abuso de direito de defesa*” ou “*manifesto propósito protelatório do réu*” — art. 273, II, do CPC), ainda não foi, pelo menos até agora, assimilada pela jurisprudência, que continua tímida na repressão da má-fé processual, principalmente no campo da execução.

morais ocorridos no plano das relações de consumo não significa, obviamente, dar salvo-conduto a procedimentos maliciosos.⁴³ O próprio ordenamento jurídico tem o antídoto certo para eventuais desvios.

Em verdade, o espectro da “indústria do dano moral”, bem sopesados os argumentos, serve muito mais à confirmação de tudo quanto se escreveu. Sem dúvida. O que se afigura mais nefasto: o enriquecimento sem causa de maus fornecedores ou de alguns litigantes temerários, capitães da referida “indústria”? Certamente o locupletamento sem causa dos primeiros é muito mais danoso. E nesse ponto novamente ganha enorme relevo o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, que ressurge para a aplicação do argumento de misericórdia. Com efeito, quem faz a diferença, mais uma vez, é o princípio da dimensão coletiva. As atitudes antijurídicas do mau fornecedor lesam, cotidianamente, um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis. Já eventuais golpes processuais de consumidores mal-intencionados verificam-se somente de forma individualizada, esporádica. Além disso, não são auto-aplicáveis. Muito ao contrário, só terão êxito se lograrem iludir o nosso sistema judicial, aí considerada a opulenta gama de recursos que o processo civil pátrio oferece. Em conseqüência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais deletério e gravoso à sociedade.

5 - O Princípio da Dimensão Coletiva e as Conciliações

Perigosa unanimidade,⁴⁴ ou quase isto, se estabeleceu entre nós no que concerne às maravilhas da conciliação. Enfrentar com sucesso marés tão compactas é esporte ao alcance de uns poucos privilegiados, entre os quais decerto não nos incluímos. Todavia, não custa tentar revolver, ligeiramente que seja, esse verdadeiro mar de loas, quando menos para não desolar em excesso a boa e velha dialética jurídica.

As ponderações que se fazem oportunas, no tema da conciliação, são praticamente as mesmas do capítulo sobre danos morais, todas elas ditadas pelos eflúvios do princípio da dimensão coletiva. Que fique muito límpido o nosso pensamento: em lides autenticamente individuais, a conciliação consiste, sem dúvida, em um santo remédio, mormente nas lides envolvendo integrantes de uma mesma comunidade (vizinhos, condôminos etc.) — gente que continuará convivendo e se esbarrando, com ou sem processo. No entanto, em conflitos

⁴³ Também não é possível usar, na fixação da indenização, critérios censitários ou que favoreçam determinada classe, a título de se protegerem com maior vigor indivíduos supostamente mais suscetíveis à dor moral, em virtude da posição que ocupam na sociedade. Tais critérios apriorísticos ferem flagrantemente o princípio da isonomia e punem as pessoas humildes. Estas, aliás, acabam duplamente punidas. Além de pobres, ainda são discriminadas no momento da indenização. Ou seja, a condição social humilde teria o nefasto poder de se pendurar em todos os atos e momentos da existência da pessoa, a ponto de aviltar até mesmo o reconhecimento da sua dor, o valor da sua honra!

⁴⁴ Se é unanimidade, já é perigosa. Como dizia Nelson Rodrigues, em um dos seus ditos célebres, quem pensa com a unanimidade não precisa pensar...

tocados pela dimensão coletiva, é preciso ter redobrada cautela, para não transformar as conciliações em meio de locupletamento do fornecedor inidôneo. Não que se queira converter o “processo do consumidor” em um Oriente Médio judiciário, tomado por ódios irredutíveis e beligerâncias à flor da pele. A conciliação constitui, fora de qualquer dúvida, um instrumento excelente para a resolução de boa parte das pendências surgidas no mercado de consumo. Não se pode, entretanto, aceitar a *ditadura da conciliação*, a conciliação a qualquer preço, como se não houvesse outra forma possível de composição da lide. Até porque conciliação imposta, não espontânea, pode ser tudo, menos conciliação genuína. Conciliação forçada não passa de contradição em termos. Se a solução é imposta, mais autêntico que venha em forma de sentença.

Infelizmente, contudo, vivenciamos agora o apogeu desse *conciliacionismo* compulsivo, obsessivo. Negar-se a parte à conciliação, mesmo que por motivos os mais defensáveis, pode representar a sua desgraça no processo, pois nela se pespegará o estigma de intransigente, desdouro que muitas vezes falará mais alto do que o próprio direito material em disputa. É contra esses excessos que nos insurgimos. O acordo será realmente bem-vindo em muitos casos, mas alguns magistrados e doutrinadores, possivelmente influenciados pela irresistível vaga do *conciliacionismo*, acabam exagerando: para eles, a inexistência de conciliação significa o fracasso da atividade jurisdicional.⁴⁵ Não é bem assim.

Sem nem tocar, ainda, na questão da dimensão coletiva das relações de consumo, há de se reconhecer que a parte, como já sugerido acima, pode ter razões as mais legítimas para não aceitar um acordo. Deveras, podemos estar diante de uma lesão cuja gravidade não dê margem a qualquer transigência. Usando propositalmente um exemplo extremo, para fins de argumentação, é de se indagar: se um meliante se apossa da nossa carteira, é possível acordo em tal hipótese? É possível ficar barganhando com o punquista o valor da devolução? Evidentemente que não. Se o punquista levou 100, não me contentarei com menos do que 100, afigurando-se completamente inviável qualquer outra solução que não a submissão total do réu ao meu pleito. A desconsideração dessa realidade traduz rendição a um perigoso utilitarismo, que oculta e menospreza a face necessariamente ética do fenômeno jurídico.

No âmbito das relações de consumo, o *conciliacionismo* obsessivo alcança repercussões ainda mais nocivas, graças ao princípio da dimensão coletiva. Nesse passo, reitere-se, cabem aqui todos os argumentos já lançados quando falávamos de danos morais. A conciliação pode servir como meio de locupletamento de fornecedores inidôneos, amortecendo ponderavelmente a força

⁴⁵ Outros fatores contribuem para o que chamamos de *conciliacionismo* compulsivo. Um deles é a conhecida sobrecarga dos operadores jurídicos e, em especial, das pautas de audiências, notadamente em Juizados Especiais. Naturalmente, compor a lide através de um acordo costuma ser mais rápido e prático do que através de uma sentença, obrigatoriamente fundamentada (art. 93, IX, da Constituição). Assim, de forma até inconsciente, juízes abarrotados de serviço e acumulações passam a pôr na conciliação uma ênfase desmesurada.

das reações dos consumidores lesados. É o que já ressaltamos à saciedade. Um abuso no mercado de consumo atinge muita gente. Dos atingidos, muitos nem se darão conta do abuso; outros tantos se conformarão. Fica restando uma pequena minoria, a que acredita na Justiça e invoca a prestação jurisdicional. Se também essa pequena minoria for contida pelo fornecedor que praticou o abuso, teremos enfim o crime perfeito — altamente lucrativo! E como se faz com habilidade a contenção, a acomodação? Faz-se sobretudo através de acordos, alguns até razoáveis para o caso concreto. Perdem os fornecedores contumazes alguns poucos anéis, mas em compensação ficam livres, leves e soltos — para novas travessuras — os dedos, as mãos, os braços... Em síntese: o acordo, no caso concreto, pode até ser razoável; considerado o contexto coletivo, porém, seu papel muitas vezes é lastimável, pois estimula a reiteração de práticas contrárias à ordem pública do consumidor. Tem-se aí mais uma situação explicada diretamente pelo princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. No “processo do consumidor”, como já dito e redito, a pretensão deduzida pelo autor individual não deixa de portar, também, uma carga considerável de interesses transindividuais.

Vale aduzir que o *conciliacionismo* reedita amiúde, no âmbito judicial, os mesmos efeitos (ou melhor, as mesmas mazelas) de uma figura típica de direito material, o contrato de adesão. O paralelo é bastante útil para que se possam perceber os malefícios da busca da conciliação a qualquer preço, *na marra* que seja. O CDC esmerou-se no capítulo da proteção contratual, visando precipuamente defender os consumidores das iniquidades dos contratos de adesão. Não tem nenhum sentido, portanto, reproduzir no campo processual o mesmo esquema de desequilíbrio dos contratos de adesão. Ainda mais, repise-se esse dado fundamental, por estarmos falando de processo travado entre um litigante *habitual* e um litigante *eventual*, circunstância que transfere para a esfera judicial a desigualdade existente no mundo real. Nessas condições, o *acordismo* desenfreado tende a favorecer amplamente o litigante *habitual*, que ostenta um poder de barganha muito superior. Aliás, na prática forense, seja no campo do consumidor, seja em outros departamentos (v.g., a área trabalhista), copiosos são os exemplos de litigantes *eventuais* que, em virtude da sua situação de inferioridade,⁴⁶ submetem-se a acordos francamente desfavoráveis. Todo cuidado, então, é pouco. Não se pode permitir, de modo algum, que os acordos judiciais tomem a forma de iníquas *conciliações de adesão*, marcadas pelos mesmos vícios do seu sócia contratual.

“*Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”. No território do Direito do Consumidor, a máxima ganha sabores de suprema desfaçatez, cooptada que é pelos detratores da lei de ordem pública. Em prol da ordem pública ameaçada, novamente se dão as mãos os princípios da dimensão coletiva

⁴⁶ Os fatores de inferioridade dos litigantes *eventuais*, já vimos, são vários. Para ficarmos em apenas dois, veja-se que o acordo desfavorável é freqüentemente consentido porque o litigante *eventual* teme a capacidade e a influência da equipe jurídica do litigante *habitual*, ou porque o primeiro não tem mais condições psicológicas ou financeiras de aguardar o final do processo.

e da boa-fé objetiva. Através deste último, chegamos diretamente à questão ética, moral. A conciliação, no plano espiritual, tem um sentido bastante elevado. Usada no “processo do consumidor” com finalidades menos nobres, ou na forma de uma daninha contrafação, deve ser repudiada. Pertinente a propósito, para fechar o capítulo, o brado do mestre italiano Pietro Perlingieri: “*É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja reposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.*”⁴⁷

6 - Conclusões

Enumerar as conclusões de um trabalho doutrinário não é providência isenta de efeitos colaterais adversos. Se, por um lado, presta-se bem à fixação e à melhor compreensão das propostas do texto, por outro, oferece ao leitor a não desprezível tentação, sobretudo quando o texto não prima pela concisão, de suprimir o enfrentamento de algumas partes do arrazoado — ou mesmo todas —, saltando-se espetacularmente para a seção das conclusões... Seja como for, aí vão as proposições mais relevantes do artigo:

a) Notabiliza-se o CDC pela busca da “*ordem jurídica justa*”. Para tanto, vêem-se no Código várias e várias normas *abertas*, portadoras de *conceitos juridicamente indeterminados*, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador. Daí ser tão fundamental a interpretação lógico-sistemática do CDC, olhos postos nos princípios que se projetam do estatuto. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios do sistema, as normas abertas do Código traduziriam força eminentemente centrífuga, gerando verdadeira babel interpretativa.

b) Se o CDC trouxe autêntica revolução ao ordenamento pátrio, não se descortina opção outra, ao intérprete fiel, senão infundir espírito igualmente transformador aos institutos e normas do Código, sob pena de desolador retrocesso. Em outras palavras: ao intérprete fiel cumpre sugar, sofregamente, toda a seiva dos princípios magnos do CDC, porque é neles que se concentra a essência do sistema.

c) São os seguintes os sete princípios que elegemos como capitais dentro da sistemática do CDC: princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, princípio da ordem pública, princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, princípio da boa-fé objetiva, princípio da transparência máxima das relações de consumo, princípio da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo e princípio da efetividade da tutela processual. Dentre eles, resolvemos destacar o princípio da dimensão coletiva

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 23.

das relações de consumo: apesar de pouco reconhecido — e menos ainda praticado —, cuida-se de princípio absolutamente crucial dentro da sistemática estudada, muito contribuindo para plasmar a alma inovadora do CDC.

d) O riquíssimo encontro entre o CDC e a doutrina da instrumentalidade do processo deve ser intensamente explorado. O processo do consumidor há de aderir ao potencial revolucionário das normas substanciais do CDC, a ponto mesmo de se permitir ser chamado de “processo do consumidor”. Além disso, há de ser um processo muito mais transcendente, imbuído das suas graves implicações sociais e políticas (*macroprocesso*).

e) Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.

f) A dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação do âmbito de incidência do Código.

g) Muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos morais. Passou-se a admitir uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. A função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos estabelecem-se entre um litigante *habitual* (o fornecedor) e um litigante *eventual* (o consumidor), conspirando contra este grandes desvantagens, no campo judiciário e até sob o aspecto psicológico. Tal desigualdade estimula a prática de comportamentos altamente nocivos aos consumidores.

h) As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem — e nunca poderão — preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Esta é uma idéia fundamental do presente ensaio.

i) Nas lides de consumo, as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas

também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito mais abrangente. Mostra-se fundamental desestimular, da maneira mais *persuasiva* possível, os atentados à ordem pública de proteção ao consumidor. É a materialização do chamado *macroprocesso*, comprometendo a jurisdição com a tarefa de se elevarem os padrões éticos da sociedade.

j) Danos morais “*derivados*”, segundo nossa concepção, são aqueles danos que acompanham uma lesão primária conexa de conteúdo patrimonial. Não se confundem com os chamados danos morais “reflexos”. Enquanto estes tomam a forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial (v.g., é o atentado à imagem que acarreta a perda da clientela), os danos morais “*derivados*” ostentam estrutura rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de provocar danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “*derivados*”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na exasperação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

k) O princípio da boa-fé objetiva deve consistir na bússola precípua da ressarcibilidade dos danos morais “*derivados*”. De fato, caso o comportamento do fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva (o que não se confunde de modo algum com a ocorrência de culpa), a indenização se fará oportuna. Na hipótese contrária, se inexistente a ofensa, faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo em regra a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como critério desempataador, comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo consumidor.

l) A maior extensão do conceito de dano moral reforça a tutela geral da dignidade humana. Ao mesmo tempo, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados, como é o caso do direito ao lazer, assegurado constitucionalmente.

m) Não de ser incentivadas as indenizações *altruísticas*, reconhecendo-se, em pleitos do gênero, estarem presentes, em tese, as condições da ação.

n) É impossível provar de maneira direta o dano moral. A prova é sempre indiciária. Outrossim, o arbitramento da indenização correspondente é puramente judicial, não tendo cabimento levar a questão para a fase de liquidação de sentença.

o) Ressalve-se que não estamos a aplaudir a chamada “*indústria do dano moral*”. Sem embargo, diga-se, em relação a ela, que a ordem jurídica apresenta vários mecanismos de contenção, a começar pelo próprio princípio da boa-fé, que não tem mão única. Em verdade, bem sopesados prós e contras, o espectro da “*indústria*” serve muito mais à confirmação de tudo quanto se escreveu neste artigo. De fato, incomparavelmente mais nocivo é o locupletamento dos maus

fornecedores. Enquanto as atitudes antijurídicas destes atingem cotidianamente um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis, eventuais golpes de consumidores mal-intencionados verificam-se de forma individualizada, esporádica, e só terão êxito se lograrem iludir o sistema judicial. Em conseqüência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais deletério e gravoso à sociedade.

p) Perigosa unanimidade, ou quase isto, se estabeleceu entre nós no que concerne às maravilhas da conciliação. Vivemos o apogeu do *conciliacionismo* compulsivo, obsessivo. Em lides autenticamente individuais, a conciliação consiste, de fato, em um salutar remédio, mormente nas lides envolvendo integrantes de uma mesma comunidade. No entanto, em conflitos tocados pela dimensão coletiva é preciso ter redobrada cautela, para não transformar as conciliações em meio de locupletamento do fornecedor inidôneo, amortecendo consideravelmente a força das reações dos consumidores lesados. Além disso, a *ditadura da conciliação* traduz rendição a um perigoso utilitarismo, que oculta e menospreza a face necessariamente ética do fenômeno jurídico.

q) Vale aduzir que o *conciliacionismo* reproduz amiúde, no plano judicial, os mesmos efeitos (ou melhor, as mesmas mazelas) de uma figura típica de direito material, o contrato de adesão. O *acordismo* desenfreado tende a favorecer amplamente o litigante *habitual*, que ostenta um poder de barganha muito superior. Aliás, na prática forense, seja no campo do consumidor, seja em outros departamentos (v.g., a área trabalhista), copiosos são os exemplos de litigantes *eventuais* que, em virtude da sua situação de inferioridade, submetem-se a acordos francamente desfavoráveis.

r) “*Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”. Na seara do Direito do Consumidor, a máxima ganha sabores de suprema desfaçatez, cooptada que é pelos detratores da lei de ordem pública. A conciliação, no plano espiritual, tem um sentido bastante elevado. Usada no “processo do consumidor” com finalidades menos nobres, ou na forma de uma daninha contrafação, deve ser repudiada.

NEOLIBERALISMO E DEMOCRACIA

José Carlos Garcia*

Os tempos atuais são tempos de mudanças e de perplexidades, tempos de crises e de renovações, de angústias e de redescoberta de sonhos. As contradições da realidade contemporânea saltam sobre nossos olhos, e sentimo-nos atônitos diante da ausência de paradigmas para resolver tais contradições. O mundo, tal como estruturado desde as primeiras décadas deste século, dissolveu-se no ar, deixando-nos a vertigem e os dilemas da construção permanente de nossa história.

A ciência avança contra o vírus HIV, gerando a expectativa de que a cura da AIDS esteja próxima; mas milhões continuam a morrer vítimas de um dos mais antigos flagelos da humanidade, a fome. Os recursos financeiros para iniciativas humanitárias ou para a previdência social escasseiam, mas não os investimentos para novas tecnologias militares. A guerra fria acabou, mas os fundamentalismos religiosos, os conflitos étnicos e as xenofobias de vários matizes dão seqüência à carnificina e às políticas de “limpeza étnica” ao redor do planeta. A democracia generaliza-se formalmente em quase todos os países, mas a participação dos cidadãos na política é cada vez menor e menos significativa, e cada vez mais a globalização e o sucesso do ideário neoliberal produzem desemprego estrutural, fome e aprofundamento das desigualdades sociais no mundo.

Este último paradoxo será o tópico central deste trabalho. Tentarei situar alguns elementos que identifiquem as possíveis contradições entre neoliberalismo e democracia no campo conceitual, elementos estes que servirão (imagino) para a rearticulação da questão democrática e da legitimação do poder nos dias de hoje.

Para cumprir este objetivo, partirei da contraposição de alguns aspectos da obra de dois importantes autores, ainda que de épocas totalmente distintas:

* Mestre em Direito pela PUC-Rio.

A opção por HAYEK parece bastante óbvia: coube a este pensador a iniciativa, já em 1947, de convocar a famosa reunião de Mont Pèlerin, na Suíça, na qual adversários decididos do então nascente Estado de bem-estar europeu (FRIEDMAN, POPPER, VON MISES, LIPMANN, dentre outros) lançaram as bases de um movimento de resistência ao ideário do *welfare state*, de defesa de supremacia do mercado e de luta anticomunista (a Sociedade de Mont Pèlerin), dando origem ao que mais tarde seria chamado de neoliberalismo (ANDERSON, 1995).

Suas elaborações, que surpreendem pela sinceridade e transparência de propósitos, podem ser tidas como um marco, desde a edição de *O caminho da servidão*, em 1944, destes ideais de resgate da “mão invisível” do mercado como único regulador legítimo das necessidades e satisfações humanas. Aqui, porém, nos referiremos sempre a outras duas obras suas: *Os fundamentos da liberdade* (vinda à luz em 1960), e *Direito, legislação e liberdade*, volumes 1 e 2 (primeira edição em língua inglesa em 1976), as quais correspondem a idéias mais amadurecidas de seu autor.

A escolha de ROUSSEAU prende-se a dois fatores que me parecem centrais neste momento de ressignificações dos conceitos de democracia, participação popular e transformação social: o primeiro, sua posição original como um dos fundadores da democracia moderna, como “o primeiro revolucionário”, como o chamaram os revolucionários de 1789; a capacidade antecipatória de algumas discussões que ocupariam o centro do temário político muito tempo depois de sua morte; e ainda o caráter radical que suas teses assumiram no contexto da Revolução Francesa, e mesmo depois; o outro, a atualidade de algumas de suas abordagens, especialmente o esforço por assegurar a legitimidade de todo poder instituído, e o compromisso moral que subjaz a toda ação política humana. Dele lançarei mão fundamentalmente do *Contrato social* e do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*.

Assim, a partir do confronto de algumas concepções expressas nas obras acima mencionadas, tentarei situar a questão democrática no contexto do neoliberalismo, apontar algumas de suas contradições próprias e sugerir aspectos que, em minha opinião, deverão estar necessariamente presentes em qualquer tentativa teórico-prática de superação destes mesmos impasses.

Os eixos a serem utilizados para cotejamento de suas posições serão *igualdade/desigualdade, vontade geral e maioria, democracia: essência ou contingência e moral e mercado*.

Não pretendo, por isso mesmo, fazer uma análise exaustiva ou rigorosa das concepções de ambos, mas relacionar livremente algumas de suas elaborações, buscando encontrar nelas referenciais para o enfrentamento de problemas concretos da atualidade.

2. Rousseau e Hayek: considerações sobre alguns aspectos centrais

a) Igualdade/desigualdade

O primeiro elemento a ser considerado reside na igualdade ou desigualdade entre os homens, já que serão estes os sujeitos a ocupar o centro da participação política no sistema democrático. Este pressupõe uma condição mínima de igualdade entre os seres humanos como requisito para o pleno exercício da cidadania (ainda que restrito ao simples direito de voto). Por outro lado, a questão será essencial na eventual definição de limites da democracia, ou seja, caso ela se limite a uma definição prévia e geralmente aceita das “regras do jogo”, ou se ela extrapolará os limites do estritamente político, avançando sobre a necessidade de democracia social e econômica.

Os pontos de partida (e as conclusões) são inteiramente distintas na obra de ambos os autores. Enquanto ROUSSEAU visualiza os homens como *essencialmente iguais*, HAYEK vê na desigualdade humana a base da dinâmica social de uma *ordem de mercado*, expressão que ele prefere a “*capitalismo*”.

ROUSSEAU insere-se na base de uma tradição que vê os homens como fundamentalmente iguais entre si, advindo boa parte de suas diferenças do convívio social. Ele não descarta a existência de diferenças naturais entre os homens, mas entende que a influência destas na sorte das sociedades é limitada, quando confrontadas com as desigualdades oriundas da sociedade.

Assim, ROUSSEAU distingue as desigualdades *naturais ou físicas* das *morais ou políticas*. Quanto às primeiras, seria inútil perguntar suas origens, posto que “*a resposta estaria enunciada na simples enunciação da palavra*” (ROUSSEAU, 1973: 241). Neste âmbito de desigualdades estariam incluídas a diferença de idades, da saúde, da força de um corpo e das qualidades do espírito e da alma.

Já as chamadas *desigualdades morais, ou políticas*, dependeriam de convenções instituídas, ou ao menos toleradas, pelo consentimento dos homens:

“*Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles.*” (ROUSSEAU, *idem*, *ibidem*).

As desigualdades seriam, para o pensador genebrino, responsáveis pelo progresso humano, no que teriam de positivo ou negativo. Consistiriam, pois, em basicamente quatro espécies distintas de desigualdades: a das qualidades naturais, cuja origem seria natural; e as morais ou políticas, assim compreendidas a do poderio, a da nobreza e de classe e a da riqueza.

HAYEK parte de pressuposto inteiramente diverso. Dando vazão a um

darwinismo social expressamente assumido¹, defende que todas as desigualdades humanas sejam de ordem natural. Assim, as desigualdades sociais não podem e não devem ser combatidas por conta da intervenção social no mercado, através do Estado ou de outros sujeitos reguladores:

"... é impossível não só substituir a ordem espontânea por organização e ao mesmo tempo utilizar ao máximo o conhecimento disperso de todos os seus membros, como também aperfeiçoar ou corrigir esta ordem nela interferindo por determinações diretas" (HAYEK, 1985a: 53)

A distinção feita por ROUSSEAU tem importância central. Caso as desigualdades tenham origem necessariamente *natural*, a busca de sua superação militará contra as "leis naturais", sendo, de fato, uma aberração do homem contra a natureza. Na época em que prevaleciam as interpretações teológicas sobre o mundo, uma insubordinação humana contra a vontade de deus. Seria esta mesma vontade o fundamento último de toda a desigualdade.

Por outro lado, sendo *social* ou *política* a origem e o fundamento da desigualdade (e, pois, obra das ações humanas), podem elas serem combatidas pelos homens sem afronta à *ordem natural*. ROUSSEAU, de fato, tem estas desigualdades sociais como claramente contrárias ao direito natural, afirmando-o expressamente no *Discurso sobre a desigualdade*:

"... a desigualdade moral, autorizada exclusivamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente e na mesma proporção, com a desigualdade física - distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário". (ROUSSEAU, 1973: 288)

A distinção entre as posições de HAYEK e ROUSSEAU, neste particular, guardam uma profunda atualidade na medida em que servem como critério distintivo entre *direita* e *esquerda*. Segundo BOBBIO (1995), ao lado do binômio *liberdade-autoridade* (que distinguiria os moderados dos extremistas), a prevalência da *igualdade* ou da *desigualdade* entre os homens seria uma das marcas características para diferenciar *direita* e *esquerda*. Para a *direita*, os homens são fundamentalmente desiguais, ao passo que para a *esquerda* eles seriam fundamentalmente iguais. Isto não significa ignorar a *diferença* como um elemento central nas análises tanto da *esquerda* como da *direita*, mas definir as tendências, em termos-limite, da essência humana, e o grau de interferência que

¹ "Como a ênfase que atribuiremos ao papel desempenhado pela seleção natural neste processo de evolução social, hoje, pode dar a impressão de estarmos tomando emprestada a idéia à biologia, convém chamar a atenção para o fato de que, na realidade, ocorreu o contrário: não há dúvida de que Darwin e seus contemporâneos tiraram das teorias da evolução social a idéia em que fundamentariam suas próprias teorias." (HAYEK, 1983: 60)

os próprios homens podem ou devem ter para coibir o que consideram injustiça.

Não por acaso, fiel à tradição de *direita* que reconhece a desigualdade como natural, HAYEK (1985) é contra qualquer intervenção no mercado sob o pretexto de fazer "justiça distributiva", considerando esta expressão absurda e contrária a uma "sociedade livre". Para ele, será a ordem de mercado que deverá superar os impasses criados pela vida em sociedade, baseada em normas que não serão plenamente conhecidas por todos, mas que ainda assim regerão a vida social e a distribuição de bens.

ROUSSEAU, por outro lado, vê a constituição do povo como soberano como uma exigência para legitimar qualquer decisão política de caráter geral. A democracia, se considerada como a instituição do povo como soberano sem delegações, é suposto para uma ordem legítima, e somente esta pode fundar uma sociedade que supere as desigualdades morais.

Neste sentido, é fundamental mencionar que a ordem social que ROUSSEAU pretende instituir pelo *Contrato* não se prende exclusivamente à resolução da questão da liberdade como um problema formal, como os liberais, fazendo mesmo da questão social um elemento inseparável da resolução dos problemas políticos. Tal ordem a ser instituída mediante o *Contrato* somente pode ser realizada através da democracia (LEIS, 1982).

Para HAYEK, como veremos mais adiante, a democracia é o sistema político "*preferível*" para o liberalismo, mas não o único com ele compatível, posto que a questão da liberdade e a da democracia não se confundem. De fato, para ele, "*a democracia pode exercer poderes autoritários, e um governo autoritário pode agir com base em princípios liberais*" (1983: 111).

b) *Vontade geral e maioria*

Outro elemento fundamental a distinguir o pensamento de HAYEK e ROUSSEAU, e que se relaciona intimamente com o problema anterior, reside no tratamento conferido ao princípio da maioria.

Para ROUSSEAU, somente o *Contrato Social* pode fundar a sociedade civil sob parâmetros legítimos, o que equivale a dizer que somente aí, com o consenso *unânime* do contrato, o povo será livre. Aqueles que, no momento do contrato, não se submeterem a seus termos, estarão fora de seu âmbito de validade - "*serão estrangeiros entre os cidadãos*" (ROUSSEAU, 1973: 126). Daí ser, de qualquer forma, sempre *unânime* o pacto social.

Entretanto, a regra da unanimidade só é necessária na celebração mesma do pacto. O funcionamento da ordem política instaurada com o *Contrato* não se funda na unanimidade, mas na *regra da maioria*. Esta prevalência da maioria não se deve a alguma consideração especial sobre a vontade da maior parte dos cidadãos (que serão somas de vontades particulares), mas ao fato de que "*quanto mais se aproximarem as opiniões da unanimidade, tanto mais dominante também*

será a vontade geral" (idem, ibidem). Em outras palavras, o princípio da maioria deve prevalecer não porque deva prevalecer a soma das vontades particulares da maioria dos cidadãos que integram o soberano (as quais, ainda assim, serão vontades particulares), mas porque melhor se aproximam da *vontade geral*, que é o fundamento da ordem instituída pelo Contrato.

A *vontade geral*, por sua vez, não é a soma das vontades particulares prevalecentes, mas o que há de comum nestas vontades:

"*Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os a-mais e os a-menos que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.*" (ROUSSEAU, 1973: 52-53)

A vontade particular, nos diz ROUSSEAU, tende às predileções, enquanto que a vontade geral tende sempre à igualdade.

Neste contexto, é evidente que as posições de HAYEK somente poderiam ser inteiramente distintas das de ROUSSEAU, e não apenas por uma questão de separação histórica entre eles, mas de fundamentos: para HAYEK, apegado a uma versão ultra-individualista do liberalismo, é impensável operar um sistema político com base em um interesse geral que tenda à igualdade.

Em primeiro lugar, porque os homens, como vimos, são essencial e naturalmente desiguais entre si, sendo antinatural e fadada ao fracasso qualquer tentativa autoritária de reduzi-lo a uma igualdade imaginária. Segundo, porque é o *indivíduo*, e não o *grupo*, que conforma a unidade básica de intervenção na realidade. Estes indivíduos podem articular seus interesses individuais em ordens "feitas" (*made orders*), ou, para utilizar a expressão grega manuseada pelo próprio HAYEK, *taxis*, a fim de organizar suas pressões sobre a ordem do mercado (que é ordem *kosmos*, ou seja, espontânea)², mas estes interesses continuarão sendo definidos pela posição individual de cada um, e pela busca de melhores soluções de cada um para si próprio.

Por outro lado, o mercado continuará sempre sendo uma ordem do tipo *kosmos*, sendo impossível dirigi-la conscientemente para um fim predeterminado, sem que esta tentativa seja desde logo fracassada, ou sem fazer perecer a ordem de mercado.

²HAYEK classifica as ordens sociais humanas em *taxis* ou *kosmos*, a partir de nomenclatura utilizada pelos gregos antigos. Segundo esta denominação, as ordens do tipo *taxis*, ou ordens "feitas", seriam regidas por normas instituídas pelos próprios homens, ao passo que as ordens do tipo *kosmos*, ou espontâneas, se regeriam por leis e elementos cujo pleno conhecimento nenhum homem poderá ter. Estas duas ordens, para HAYEK, podem e devem coexistir em um mesmo espaço-tempo social, mas não podem relacionar-se de qualquer forma. Em última instância, a relação entre ambas será sempre ditada pela ordem espontânea. O mercado, segundo ele, é uma ordem do tipo *kosmos* e, por isso mesmo, não pode ser direcionada racionalmente a um fim previamente instituído pelos homens (HAYEK, 1983).

A diferenciação dos pressupostos, aqui, é evidente. Enquanto para ROUSSEAU a ordem justa e legítima somente pode basear-se no exercício da soberania pelo povo, sem delegações, através da expressão da vontade geral (e não de vontades particulares), uma ordem social legítima, para HAYEK, funda-se, em última instância, em normas de conduta gerais que sequer são racionalmente definidas. Elas, de fato, são aceitas mais ou menos conscientemente pelos homens, em sua conduta diária, sem que seja necessário que eles se apercebam disto³. Por outro lado, sempre que as ordens do tipo *taxis* influenciarem a ordem espontânea do mercado, o farão a partir dos interesses privados, articulados ou não em organizações.

O interesse geral, como tal, não existe. Ele se resume, em uma sociedade "livre", apenas na facilitação da busca de propósitos individuais desconhecidos (HAYEK, 1985a).

Sob este ângulo, percebe-se, ao contrário de ROUSSEAU, que busca a legitimidade da ordem social inaugurada pelo Contrato na expressão da *vontade e do interesse geral* (ontologicamente distinto da simples *vontade particular*, ou mesmo da soma destas, que será a *vontade de todos*), que HAYEK funda a legitimidade de uma ordem social "livre" no indivíduo e na busca de interesses individuais incertos e desconhecidos. A "liberdade", para HAYEK, não repousa na legitimação final do poder soberano, mas na não interferência na dinâmica espontânea do mercado, cujos elementos não são passíveis de serem plenamente conhecidos por qualquer mente humana.

A maioria, desta forma, não guarda qualquer relação conceitual com um fundamento geral de legitimidade prévio, como a expressão da vontade geral, passando a ser um fim em si mesmo, do ponto de vista do sistema democrático, o qual, por sua vez, não se constitui em *fim*, mas em simples *meio*. De fato, o princípio da maioria deverá prevalecer pelo motivo *oposto* ao sustentado por ROUSSEAU: não por expressar de forma tendencialmente superior uma vontade geral inexistente, mas por expressar a soma majoritária dos interesses individuais consultados.

Ao confrontar "o liberal", ou defensor de uma "sociedade livre", com um "democrata dogmático" (de fato, com as estereotípias destas duas expressões), HAYEK considera que, para um democrata dogmático, a decisão é boa pelo simples fato de ser decorrente da maioria, ao passo que, para um liberal, este fato não a tornará, em si, boa nem má. Seu caráter positivo ou negativo residirá em sua compatibilidade maior ou menor com os dogmas de espontaneidade do mercado e de liberdade dos agentes econômicos.

c) Democracia: essência ou contingência

Esta diferenciação de pressupostos leva a uma abordagem profundamente distinta quanto à questão democrática. Em ROUSSEAU, a questão da liberdade

³Mais tarde veremos os aspectos pertinentes à reificação nas idéias de Hayek.

não se limita a seus aspectos formais ou estritamente políticos, incluindo o aspecto das desigualdades sociais. A busca de legitimidade para a ordem social prende-se à análise da desigualdade entre os homens, e orienta-se no sentido de, identificando o soberano com o povo, tender a uma sociedade que seja capaz de combater estas mesmas desigualdades. Em certo sentido, talvez seja mesmo legítimo considerar que a ordem política do Contrato pretende viabilizar as bases sociais e políticas para uma sociedade sem classes (LEIS, 1982), abordando-as, de qualquer forma, conjuntamente.

HAYEK mantém a dicotomia entre o político e o social, em especial o econômico, não incluindo na idéia de “liberdade” aquilo que podemos chamar de liberdade política. Como já citado anteriormente, ele admite a coexistência dos princípios liberais com regimes autoritários, e o faz porque secciona a liberdade econômica da política, como coisas distintas e separadas.

A “liberdade” de HAYEK, portanto, é substancialmente diferente da de ROUSSEAU. Trata-se da liberdade manifestada pela limitação do poder do Estado em face do indivíduo, resumindo-se a uma delimitação dos campos de atuação do Estado. A ele é desimportante se a atuação livre dos sujeitos nas condições sociais concretas irão produzir, ou não, “injustiças sociais”, porque a liberdade que defende é a dos indivíduos no mercado, e não outra.

Sob seu ponto de vista, portanto, o regime democrático não é *essencial*, vez que é possível conciliar os princípios de liberdade do mercado com regimes políticos autoritários, mas meramente *contingencial*. Se não há uma correspondência necessária entre liberalismo e democracia (e efetivamente não há, nem jamais ouve na história de ambos os movimentos), a democracia somente pode ser vista como não sendo “um valor último, ou absoluto, e deve ser julgada pelo que realizar” (HAYEK, 1983: 115).

Apesar disso, HAYEK apresenta três argumentos capazes de justificar a democracia. O primeiro reside no fato de que “sempre causa menos dano determinar qual das opiniões tem maior apoio pela contagem numérica do que pela luta” (idem, ibidem). Tal argumento impressiona por seu pragmatismo e utilitarismo, expressando mesmo um elemento central na cultura política do capitalismo, que é o cálculo do “lucro” político de uma ou outra medida, o “custo” que cada iniciativa pode apresentar no cenário social.

O segundo, que ele considera de importante valor histórico, seria que a democracia possibilita a garantia da liberdade individual. Por fim, o terceiro argumento funda-se na possibilidade de as instituições democráticas promoverem maior entendimento dos assuntos públicos pela população, ou seja, seu aspecto “educativo”.

Apesar destes argumentos a favor da democracia, o centro da análise de HAYEK é sempre e em todos os casos a preservação da liberdade individual, entendida como liberdade econômica, como preservação de uma ordem de

mercado que não pode sofrer interferências “autoritárias” por parte do Estado. Neste contexto geral, não resta dúvida que o regime democrático é o *preferível* dentre os possíveis, mas somente o será, *desde que* intocados os princípios da economia de mercado, que são defendidos por ele. Cautelosamente, ele afirma que há concordância com a adoção da regra da maioria, mas a) ressalvadas explicitamente as garantias da liberdade individual; e b) ele não aborda conclusivamente o que fazer em caso de contraposição concreta entre a decisão do soberano (no sentido rousseauiano) que opta por superar esta ordem de mercado e esta mesma ordem.

e) Moral e mercado

Como coroamento destas contradições entre os dois autores escolhidos, podemos citar a questão da moralidade inerente à prática social. A obra de ROUSSEAU é inteiramente permeada por um profundo e inafastável senso de moralidade que se relaciona com a legitimação do poder. Não se trata, aqui, de discutir se os aspectos morais da obra de ROUSSEAU devem ou não ser determinantes em sua interpretação, mas admitir que sua concepção de legitimidade repousa sobre um sólido estofamento moral de variados aspectos, dentre os quais poderíamos mencionar, *en passant*, a condenação de desigualdade; a ação moral do homem como fundamento da vontade geral; a chamada *sobrecarga moral* do cidadão rousseauiano (HABERMAS, 1990).

Estes diferentes aspectos, aliados à unificação que ROUSSEAU faz entre as questões políticas e as sociais e econômicas no *Contrato*, remetem a uma concepção de poder legítimo que é essencialmente articulada com o interesse geral. Este somente poderá ser plenamente atingido (e, pois, as desigualdades morais superadas) quando o soberano for composto por indivíduos que tenham em primeiro plano, em suas existências, este mesmo interesse geral. A prevalecerem os egoísticos interesses particulares, as desigualdades permanecerão, e mesmo se aprofundarão. A sociedade será regida pelo luxo e pela degeneração.

O homem exigido por um regime democrático tal como concebido por ROUSSEAU, por isso mesmo, não é um homem comum, mas algo próximo dos “deuses”, como ele mesmo de certa forma salientara. Isto não impede, contudo, que a democracia se mantenha, em sua obra, como o princípio que norteia toda sua concepção de legitimação do poder.

Assim, o cidadão rousseauiano continua em seu horizonte político, porque é ele quem exerce o poder em uma ordem legítima, tal como advinda do contrato. A conversão de homens atuais nos cidadãos visualizados por ROUSSEAU não se dará sem a alteração da “natureza humana”, mas é precisamente esta uma das mais ricas heranças de seu pensamento - a mutabilidade da natureza humana, que é historicamente constituída.

Estes profundos embasamentos morais da legitimidade do poder (e da

liberdade) em ROUSSEAU desaparecem por completo em HAYEK. Para este, a liberdade é a liberdade do indivíduo na ordem do mercado, e o mercado, como ordem espontânea que é, não tem fim previamente determinado.

Ao tratar de “justiça social”, ou “justiça distributiva”, HAYEK (1985b: 118-119) manifesta toda sua irritação com a expressão, considerando-a “desonrosa, do ponto de vista intelectual, símbolo da demagogia ou do jornalismo barato”, esperando que os oradores e escritores “sentissem para sempre total vergonha” de utilizá-la. Para ele, o mercado, sendo uma ordem social espontânea, não podendo ter fim predeterminado, não pode ser justo ou injusto, não pode ser julgado moralmente, posto que ele não funciona através de atos humanos conscientes. Pode-se julgar da justiça ou não da garantia de seu funcionamento, jamais de seus resultados.

Ora, para HAYEK a liberdade consiste na fruição mais ou menos livre das leis inerentes à ordem de mercado, não vendo como possa haver uma intervenção consciente legítima nesta ordem. As conseqüências da ordem de mercado não podem ser atribuídas a ninguém em especial, mas a leis e elementos cuja totalidade não podem ser plenamente conhecidas. Neste sentido, inexistente qualquer moralidade na ordem de mercado, que é o fundamento de uma sociedade livre. A questão social é, de fato, também ela um problema da esfera individual, e as tentativas de abordá-la de outra forma, com base em uma “pretensa justiça social”, somente respaldam sentimentos inaceitáveis e escamoteiam a responsabilidade individual pela situação de cada um:

“... o evangelho da “justiça social” visa a sentimentos muito mais sórdidos: a aversão aos que estão em condições melhores, ou simplesmente a inveja, essa mais anti-social e nociva de todas as paixões”.

“... a exigência de que deveríamos ter igual consideração por todos os nossos semelhantes é incompatível com o fato de que todo o nosso código moral se baseia na aprovação ou desaprovação da conduta dos demais; e que, da mesma maneira, o postulado tradicional de que todo adulto capaz é, antes de tudo, responsável pelo próprio bem-estar e o de seus dependentes - significando que não deve, por sua própria culpa, tornar-se um fardo para os amigos ou companheiros - é incompatível com a idéia de que a “sociedade” ou o governo deve dar a cada pessoa uma renda adequada”. (HAYEK, 1985b: 120-121)

Se a sociedade livre baseia-se nesta ordem de mercado despida de qualquer finalidade prévia que não a facilitação da busca dos interesses privados de cada indivíduo, que moralidade corresponderá aos fundamentos de uma tal sociedade? Somente uma moral compatível com a ação “livre” no mercado, uma moral instrumental, a ser definida caso a caso, conforme os fins ou interesses perseguidos “legitimamente”, no seio desta sociedade “livre” das ingerências do Estado, e também de todo e qualquer remorso ou escrúpulo.

3. Reificação e individualidade

Dois aspectos importantes devem ser considerados, neste ponto. O primeiro, é se é possível, a partir de um ponto de vista comprometido com a transformação social e com os setores sociais oprimidos e explorados, fundar, a partir das considerações anteriormente expressas, uma ordem democrática baseada na “ordem de mercado”, tal como expressa por HAYEK (e, conseqüentemente, pelos neoliberais). O segundo, até que ponto é razoável operar com o conceito de cidadão utilizado por ROUSSEAU, no mesmo contexto.

a) Mercado e reificação

No tocante ao primeiro aspecto, é interessante ressaltar a configuração que HAYEK empresta às normas que regem a ordem de mercado. Como já vimos, esta ordem é do tipo *kosmos*, não sendo plenamente cognoscível em todos os seus elementos pelos seres humanos. Não buscando nenhum fim específico, o mercado rege-se por leis que não são plenamente conhecidas, ou que ao menos não o serão por todos. Podemos investigar estas leis, podemos tentar desvendá-las, mas não podemos alterá-las significativamente:

“...o sistema de valores dentro do qual nascemos indica os fins aos quais nossa razão deve servir. Uma estrutura de valores, que nos é dada de antemão, implica que, embora sempre devamos lutar para aperfeiçoar nossas instituições, nunca poderemos pretender recriá-las totalmente e que, em nossas muitas tentativas de aperfeiçoá-las, teremos de aceitar como fato consumado muitas coisas que não compreendemos”. (HAYEK, 1983: 68)

A abordagem de HAYEK sobre o mercado como ordem espontânea não é nova, e prende-se à própria natureza das relações de produção no seio do capitalismo. Seu discurso fundamenta a limitação estrutural de nossas ações políticas em face do mercado, dando as razões de porque não podermos intervir no mercado a partir do Estado, ou de qualquer outro agente, com plena liberdade de ação.

Não é importante, neste momento, discutir-se da conveniência ou não das intervenções concretas do Estado na economia, ou os limites específicos que devam ou não ser estipulados nestas ações, e nem mesmo quem deve estipulá-los. A discussão que pretendemos desenvolver rapidamente diz respeito à aceitação, ou não, destes limites por parte do mercado, e da possibilidade teórica de desvendarmos estas “regras” e, assim, interferirmos na “espontaneidade” do mercado a partir de noções racionais/morais.

A questão com a qual estamos nos deparando, ao tratar de normas “naturais” e insuscetíveis de conhecimento pleno pelos homens é, de fato, a questão da reificação. MARX (1983) trata do fetichismo da mercadoria no 1.º volume de *O capital*, assinalando como o desenvolvimento do processo de produção de mercadorias engendra, por sua vez, a reificação das relações sociais

ligadas à produção. As relações entre os diversos produtores isolados, que nas sociedades pré-capitalistas eram relações entre funções sociais distintas e aspectos diferenciados do mesmo trabalho humano, passam a expressar-se como uma segunda natureza, como algo inerente à própria natureza das coisas. As relações entre os produtores passam a ser relações entre os produtos do seu trabalho, isto é, entre as mercadorias, como se estas fossem coisas que respeitassem a uma lei própria e natural sua.

LUKÁCS, em *História e consciência de classe* (1974), salienta que a questão central suscitada por MARX não reside apenas no campo da teoria econômica sobre a mercadoria (que ele, LUKÁCS, pressupõe para seu trabalho), mas sim no fato de a reificação transbordar deste campo *para projetar-se em todas as esferas da vida humana*.

Esta reificação apresenta um duplo aspecto: *objetivo e subjetivo*. No campo *objetivo*, cria-se um mundo de mercadorias e do seu movimento no mercado, no qual as relações estabelecem-se efetivamente entre coisas; no aspecto *subjetivo*, a própria atividade humana "*objetiva-se em relação a ele, torna-se numa mercadoria regida pela objetividade das leis sociais naturais estranhas aos homens como qualquer bem destinado à satisfação de necessidades, que se tornou coisa mercantil*" (LUKÁCS, 1974: 101).

A universalidade da forma mercantil faz espalhar o caráter fetichizado das relações inter-humanas para todos os campos das relações sociais, o que inclui o desenvolvimento posterior do conceito de **cidadania**. A generalização absoluta do mercado e sua onipotência e onipresença no neoliberalismo consolidam a reificação das relações sociais, vistas como uma relação de consumo constante de bens físicos ou ideais (virtuais) postos à disposição no mercado. Sob este aspecto, a própria democracia deixa de ser vista como um momento *político* da existência humana, para expressar-se, ela própria, como mercadoria transacionável no respectivo mercado (*mercado político*).

Mesmo que desconsideremos os aspectos de corrupção dos sistemas eleitorais (compra de votos, suborno de autoridades e corrupção de estruturas tendente a viciar as manifestações da *vontade geral*), podemos ainda visualizar ao menos outros dois planos em que isto se manifesta: 1.º redução do campo do exercício da cidadania à regulamentação de relações de consumo; 2.º a mercantilização direta da *escolha* como ato de consumo. Em ambos, a dimensão social desaparece, no sentido de atuação coletiva consciente: o campo de atuação de ambas as esferas é o **individual**, já que as relações de consumo são, em última instância e apesar de seu caráter social, concretizadas neste campo.

No primeiro caso, a normatização das relações de consumo, se bem demonstram uma aparente restrição à atuação do mercado pela regulação do Estado, de fato expressam a relevância e a universalidade atingida pelas relações de consumo no mundo contemporâneo - as delimitações, aí, confundem-se com a proteção da cidadania, mas esta é vista como característica inerente ao indivíduo

consumidor, e, pois, como integrante do sistema de trocas de mercadorias. O núcleo da relação entre o consumidor e o fornecedor, pois, não é seu aspecto *humano*, nem o trabalho social integrado às mercadorias objeto de tais trocas, mas as mercadorias mesmas.

O contexto social em que isto se opera, por outro lado, é o da restrição dos espaços políticos públicos, onde o conjunto das satisfações humanas (das mais variadas naturezas) é cada vez mais direcionada como relações de consumo (integradas a uma segunda natureza extra-humana, mercantil, submetidas à "ordem espontânea" de HAYEK). Ou seja, tudo (ou quase tudo) o que pode satisfazer uma necessidade humana pode ser adquirido no mercado, e este deve entregar-me a coisa adquirida com padrões mínimos de qualidade e nas quantidades convencionadas. A violação do pactuado faculta-me a ação do Estado para preservar minha parcela de cidadania violada pela desigualdade dos pólos existentes na relação de troca (o grande fornecedor e o consumidor anônimo).

A intervenção do Estado, entretanto, reafirma a natureza mercantil da troca, posto que visa, em última instância, não apenas proteger o indivíduo consumidor (o que efetivamente também faz), mas equilibrar as relações sociais de troca e, portanto, facilitar sua reprodução como cerne da reprodução social.

É verdade que sistemas jurídicos como o nosso concebem iniciativas de proteção coletiva dos interesses dos consumidores em juízo, mas elas não representam uma retomada do *coletivo* como ser consciente e integrado aos interesses gerais da sociedade por um elo moral (como o *soberano* de ROUSSEAU), mas uma manifestação ainda mais aguda da *sociedade de massas*, e não de grupos conscientes. Representam, assim, um passo a mais para o reconhecimento e proteção estatal da generalização das relações de troca como fenômeno de massa (e, pois, generalizado, mas ainda assim *individual*, ou melhor, *particular*⁴).

O segundo momento expressa a banalização do ato de escolha como contra-face à restrição dos espaços políticos públicos. Cada vez menos tenho condições de influir nas decisões sobre política econômica, por exemplo (relegadas ao tecnicismo típico do período), porque os problemas e suas soluções são demasiado complexos para o cidadão comum: devem ficar sob o controle dos técnicos econômicos do governo, que não agem de acordo com opções políticas ou ideológicas, mas "*fazem o que deve ser feito*" para adequar-se à realidade da globalização e modernização da economia (reificação das relações sociais nas mais altas esferas, onde obedece-se a leis sociais naturais estranhas aos homens).

Posso, entretanto, com um simples telefonema gratuito, escolher o filme de amanhã no horário nobre; posso escolher o final da história que estou vendo na televisão; posso escolher o que comer no restaurante a quilo, e pagar apenas o que comi; posso opinar sobre o problema que me é proposto, através da

⁴Mais adiante veremos a distinção entre *indivíduo* e *particular* em ÁGNES HELLER.

apresentadora, acerca de questões como o massacre dos meninos de rua, e concorrer a um carro de luxo importado. Neste espaço, mais do que em qualquer outro, eu não troco, não convivo, não existo como integrante consciente de um coletivo dinâmico: sou tratado no limite do individualismo liberal, mas isto não me torna *indivíduo*, e sim *homem-massa*. Não ultrapasso os limites do cotidiano, não deixo jamais de ser apenas *particular*.

b) O cidadão de Rousseau: o indivíduo contra o individualismo

A segunda questão a ser tratada é a da razoabilidade de utilizarmos a noção rousseauiana de cidadão como elemento integrativo de uma *praxis* democrática transformadora. É razoável atuarmos ainda com a idéia de um “super-cidadão”, cujas elevações morais fazem sempre pensar antes no interesse coletivo, subordinando a ele seus próprios interesses particulares? É lícito esperarmos de homens comuns a *sobrecarga moral* mencionada por HABERMAS (1990)?

Sabemos que HAYEK não poderia concordar com esta utilização, ou sequer com a imaginação de uma tal exigência, que ele teria por autoritária e afrontadora às normas que regem a “ordem de mercado”. Mas como poderíamos rever a idéia de ROUSSEAU, neste particular, em termos mais contemporâneos?

Ao abordar a questão das relações de consumo como fenômenos de massa, mencionamos uma distinção entre *indivíduo* e *particular*. Esta distinção encontra-se na obra de ÁGNES HELLER (1991), e guarda importante relação com a forma como ROUSSEAU vê o indivíduo empenhado no funcionamento da ordem emanada do Contrato.

HELLER afirma que o cotidiano social tem se caracterizado por um conjunto de atividades voltadas para a reprodução do homem. Este, por sua vez, está preocupado com a manutenção de sua vida, com a solução dos problemas imediatos, em livrar-se dos conflitos nos quais se insere a fim de sentir-se adaptado ao mundo tal como ele é.

O homem *particular*, assim, é o homem da vida cotidiana por excelência. Ele vive suas paixões, habilidades manipulativas, sentimentos, ideologias e capacidades intelectuais, sem perguntar-se sobre suas origens, evitando confrontar o sistema estabelecido, seja por medo, seja por conformismo.

Toda sociedade apresenta uma vida cotidiana que se constitui pela organização do trabalho e da vida privada, os lazeres e o descanso, a atividade social sistematizada, o intercâmbio e a purificação. É nesta vida cotidiana que se dão as reproduções social e individual, tenham ou não os homens consciência deste processo.

A vida social, entretanto, não é feita apenas de cotidiano:

“...não existe nenhum homem que nunca tenha se elevado, mais ou menos,

de algum modo, acima de sua própria particularidade. Por isso não é possível separar rigidamente o homem particular do homem individual. A individualidade é desenvolvimento, é tornar-se indivíduo”⁵ (HELLER, 1991: 49)

A formação de individualidades depende da qualidade do cotidiano social: quanto mais as contradições sociais forem colocadas em discussão, e mais desalienadas forem as práticas cotidianas, maior será a possibilidade de surgirem novas individualidades.

A passagem da particularidade à individualidade é fenômeno eminentemente social, dando-se apenas no coletivo. Ela ocorre mediante a prática política, através de pequenas conquistas e da tomada de consciência de que existe a alienação e de que todos os campos da existência humana estão sujeitos a ela, assim como todos os homens.

No momento em que o sujeito eleva-se acima de sua própria *particularidade* ele cria as condições para romper com a alienação, podendo este fato representar (mas não o representando, necessariamente) o início da formação de uma *individualidade*. Para o indivíduo, a vida cotidiana passa a ser organizada não mais *apenas* em função de sua própria sobrevivência ou interesses privados (como o homem individualista de HAYEK, em sua ação “livre” no mercado), mas *em relação a existência de todos os outros homens*.

Não se quer dizer com isso, porém, que o particular seja apenas o homem sem conexão com o mundo que o cerca. Ele, de fato, tem uma compreensão de sua inserção no mundo, ainda que esta seja limitada:

“O particular cotidiano é o homem particular portador da genericidade em-si, não reflexionada, ainda não consciente”⁶. (HELLER, 1991: 65)

A consciência da genericidade dá-se quando o homem atua como ser comunitário-social, quando, com suas ações, vai além de suas necessidades particulares. A relação consciente com a genericidade dá-se quando esta passa a ser colocada como um dos objetivos da vida, quando a genericidade se converte na motivação dos atos humanos.

A relação com o conceito de cidadão para ROUSSEAU como aquele capaz de participar ativamente como integrante do soberano, como apto a preocupar-se com o interesse geral de forma integrada a seus interesses pessoais é gritante. Já o homem integrado à ordem de mercado de HAYEK não precisa alcançar este nível de consciência. Ele, de fato, pode vir a fazê-lo, mas a expectativa geral que se tem é a de que ele não a atinja, já que age em uma ordem espontânea, na qual a aquisição desta consciência é humanamente impossível. O

⁵ “(...) no existe ningún hombre que no haya elevado nunca, más o menos, de algún modo, por encima de su propia particularidad. Por ello no es posible separar rigidamente el hombre particular del hombre individual. La individualidad es desarrollo, es devenir individuo”.

⁶ El particular cotidiano es el hombre particular portador de la genericidad en-si, no reflexionada, aún no consciente.

mundo é tido como algo dado, no qual os homens não podem pretender validamente transformá-lo, senão parcialmente, dentro do mesmo sistema de valores.

Por outro lado, o indivíduo de HELLER é consciente de que, através de suas objetivações, pode vir a potencializar e viabilizar transformações no mundo que o rodeia. Para ele, descobrir as normas “secretas” que regem as ordens “espontâneas” do mundo é redescobrir-se como integrante delas, ser capaz de redefinir o papel que lhe fora designado a partir destes centros “desconhecidos” de poder social, recuperando, ao menos em parte e ainda que limitadamente, sua capacidade de escolher os rumos de sua vida.

Esta forma de conceber o *indivíduo*, em contraposição ao simples *particular*, é extremamente importante para a construção de uma sociedade democrática no contexto do neoliberalismo. Ela retoma o paradigma sugerido por ROUSSEAU de homem inserido nos problemas de seu tempo e de seus semelhantes, e mantém aberta a possibilidade de *transformação da natureza humana*.

Pode-se objetar a estas concepções que elas criam como pressuposto para uma sociedade democrática um homem irreal, inexistente, e que talvez este homem jamais exista. Que talvez seja fantasioso esperar de seres humanos normais um desprendimento e uma elevação de princípios que lhe são impossíveis, e que se tornam tão mais impossíveis quanto mais solidamente se sedimenta a ordem de mercado defendida por HAYEK e atualmente hegemônica.

Sem dúvida estas ressalvas expressam importantes verdades, mas não encerram toda a verdade. Não se trata, aqui, de defender profeticamente o advento de um novo homem, mas apenas de considerar que, concordando com ROUSSEAU sobre a mutabilidade da natureza humana, é difícil supor a construção de uma ordem social inteiramente nova a que não corresponda dialeticamente um novo tipo de ser humano, balizado por valores e comportamentos sociais distintos. Uma tal transformação, se viesse a ocorrer no futuro, não se faria pela primeira vez, e talvez tampouco fosse a última.

O cotidiano da espécie humana, seus valores morais, seus padrões de conduta nas mais diversas áreas mudaram profundamente nos últimos mil anos, mas estas mudanças foram ainda mais agudas e profundas nos últimos cinquenta anos. Neste período de pós-guerra, nossa espécie abriu as comportas reprimidas de um sem número de tabus, preconceitos e padrões incontestados de conduta que continuam longe de esgotar plenamente seus frutos, apesar das imensas influências sobre as mais variadas sociedades: o movimento feminista, a questão racial, o movimento *gay*, a luta ecológica, a defesa dos direitos dos portadores de deficiência, o movimento pela valorização dos idosos, os movimentos de juventude, a luta por sociedades multiculturais e tantos outros. Novas questões se apresentaram ao mundo, tensionando os limites das condutas e compreensões humanas: a psicanálise, o medo do terror nuclear, o efeito estufa, a AIDS, o

Ebola Zaire, as questões religiosas e nacionais, a globalização dos mercados, as sociedades pós-industriais, o desenvolvimento da informática etc.

Todas estas questões apontam no aprofundamento das interrelações entre os homens - para além de um só grupo, para além de uma só cultura, para além de uma só nação. Esperar que o ser humano passe incólume por estas transformações me parece mais fantasioso do que acreditar que o homem seja capaz de compreender sua inserção real no mundo que o cerca, assumindo como um problema seu as questões que respeitam a toda a coletividade, e não apenas a ele, isoladamente.

Finalmente, crer que todas estas transformações não dêem margem a dinâmicas extremamente contraditórias no seio das sociedades humanas é não perceber que estas mesmas transformações pressionam cotidiana e permanentemente nossa capacidade de compreender a realidade, desafiando-nos e transformando-nos a cada dia, em um processo por vezes silencioso, mas constante: como diria HELLER, a individualidade não é algo pronto, mas devir. O fim deste processo não se pode definir previamente, mas dependerá da atuação consciente de cada um de nós.

4. *Ran*, ou “o cego à beira do abismo”

O genial cineasta japonês Akira Kurosawa transpôs para o Japão medieval a história do Rei Lear, de William Shakespeare, em um filme justamente aclamado pela crítica (*Ran*). A cena final deste filme é apontada por muitos comentaristas como uma alegoria das perplexidades do homem na “pós-modernidade”: abandonado à própria sorte, sem saber que aquela que o acompanhava morrera, um homem cego permanece atônito, a poucos passos de um imenso abismo, sem ter consciência de sua desgraça, ou dos perigos que corre.

As mutações pelas quais passa o mundo estão ainda longe de seu fim. O leque de perplexidades e vertigens que criam em nós, e em nossa capacidade de ver e entender o mundo (e, quem sabe, transformá-lo, como pretendia MARX na famosa 11.ª Tese sobre Feuerbach) mal começaram a tirar o mofo de nossas cabeças habituadas às coisas definidas e certas.

De minha parte, creio ser imprescindível enfrentarmos os abismos que atormentam nossa cegueira circunstancial com as luzes de alguns elementos centrais para uma recomposição social sob termos moralmente aceitáveis e socialmente justos. Em minha opinião pessoal, o neoliberalismo, e o conjunto de valores que ele articula, não podem servir como parâmetro para esta recomposição.

Aceitar o fato inegável de uma hegemonia posta não é sinônimo de curvar-se a seus cânones, nem de limitar-se aos marcos que esta hegemonia ordena que sejam obedecidos. A inquietude e a rebeldia talvez sejam os maiores e mais importantes legados de uma tradição de luta contra a dominação e a

injustiça cujo momento intelectual mais marcante e influente foi a obra de KARL MARX, mas cujas possibilidades e potencialidades não cessam de abrir-se e renovar-se, em alternativas múltiplas e profundamente diversificadas.

A luta democrática, ao contrário do que muitos de nós chegamos a repetir, não é uma simples invenção pequeno-burguesa, uma reprodução de formalidades vazias cuja única finalidade é organizar a exploração do homem pelo capital. A luta democrática é uma arma das classes e setores sociais subalternos, em sua incessante confrontação com as atrocidades e misérias que uma ordem social injusta e excludente impõe a bilhões de seres humanos. Cada avanço democrático obtido na história foi uma conquista contra a tranquilidade da dominação e contra a passividade da aceitação da miséria e da marginalidade a que muitos foram (e continuam sendo) condenados.

Esta concepção não é neutra, nem desinteressada: ela expressa um assumir-se como sujeito de um processo social e, como tal, parcialidade consciente neste mesmo processo. Significa que a constituição e manutenção de uma ordem democrática no mundo é uma opção *política* em seu sentido mais amplo e mais profundo, mas que é, igualmente, uma opção *moral* de raízes igualmente profundas. Esta é uma das heranças que me parece ser possível extrair de ROUSSEAU: a moralidade profunda de uma opção contra a indiferença.

Uma segunda face desta opção está posta na necessidade de reassumir a *utopia* de um mundo distinto deste como elemento desta luta democrática. *Utopia*, aqui, entendida não em seu sentido pejorativo, de algo quimérico ou irrealizável, mas no sentido mais aproximado de sua origem grega (*ou topos*, em lugar nenhum). Como nos diz LOWY (1994: 12):

"O pensamento utópico é o que aspira a um estado não-existente das relações sociais, o que lhe dá, ao menos potencialmente, um caráter crítico, subversivo, ou mesmo explosivo. O sentido estreito e pejorativo do termo (utopia: sonho imaginário irrealizável) nos parece inoperante, uma vez que apenas o futuro permite que se saiba qual aspiração era ou não "irrealizável". "

Este resgate também nos leva a ROUSSEAU: à idéia de que o problema da legitimidade do poder não se descola da resolução dos problemas econômicos e sociais, e que a liberdade política propugnada por ele através do Contrato somente pode efetuar-se plenamente nos limites de uma ordem social governada por seres conscientes e capaz de reduzir as desigualdades àquelas que tenham origem natural.

O mundo de hoje, porém, não é o mundo do século XVIII, e ao lado das desigualdades, encontramos as *diferenças*, que são elementos centrais a serem considerados em qualquer teoria democrática. Neste campo, apesar de não considerar possível uma ordem verdadeiramente democrática fundada na "ordem de mercado" defendida por HAYEK, o sistema de garantias individuais e

limitações do Estado defendido originalmente pelo liberalismo é um vetor importante a ser recuperado pelos *socialistas* neste final de século, como um elemento central de uma concepção democrática de poder.

Creio assistir razão a BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS (1995) ao defender a necessidade de uma nova teoria da democracia, fundada nos quatro espaços estruturais da sociedade capitalista (o espaço reconhecido como político pela teoria política liberal, e mais os espaços *doméstico*, *da produção* e *global*), buscando, para tristeza de HAYEK, alargar e aprofundar o campo político de todos os espaços estruturais de interação social, para usar as palavras do sociólogo português. Desvelar, assim, as relações de poder existentes no interior de cada um destes espaços, e conquistar o caráter *político* destas relações, é tarefa imprescindível.

Acredito, ainda, que esta teoria deve-se articular com uma *nova teoria da emancipação*, cujas bases ainda estão por construir, mas que deverão, necessariamente, articular os novos sujeitos emergentes, como os movimentos que nos últimos trinta anos (pelo menos) assumiram um papel de centralidade nos debates mais decisivos da luta política nos espaços acima mencionados, como o feminista, o de igualdade racial, o de homossexuais, o de juventude, idosos, ecológico etc.

Não creio, como LEIS (1982) que o apelo a um sujeito genérico "povo", indistinto e não identificável a uma relação de poder e dominação concreta, possa suprir o espaço destes agentes transformadores, os quais visualizo como sendo, além das classes sociais, estes que acima mencionei, em uma articulação que ainda me parece um pouco nebulosa, mas necessária.

A atuação política dos homens não pode jamais ser um ato exclusivamente individualizado (particularizado): é sempre um ato coletivo consciente, porque envolve desejo, opinião, escolha. Só o espaço coletivo como espaço de construção do político pode reafirmar o caráter peculiar do indivíduo no fazer político. Isto não equivale a neutralizar o indivíduo no coletivo, mas implica reafirmá-lo como diferente em meio ao seu contexto social.

A individualização total do processo decisório, ao negar a natureza social do ato político, é, no limite, circunscrevê-lo à vida cotidiana, reificá-lo e desumanizá-lo. Por isso precisamos reconquistar o espaço político como espaço de construção de *individualidades* (HELLER), como processo de democratização da democracia e, como tal, de tensionamento dos limites da ordem e de possibilidade de construção do novo.

Referências bibliográficas

ANDERSON, Perry. "Além do neoliberalismo". In *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Org. Emir Sader & Pablo Gentili. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: UNESP, 1995.

HABERMAS, Jürgen. "Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público". *Novos estudos Cebrap*, n.º 26, mar./1990, p. 100-113.

HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Visão, 1983.

_____. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985, v. 1 (a) e 2 (b).

HELLER, Ágnes. *Sociologia de la vida cotidiana*. Barcelona: Península, 1991.

LEIS, Hector Ricardo. *Sobre o conceito de democracia em Rousseau*. Rio de Janeiro, 1982. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

LÖWY, Michael. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. São Paulo: Cortez, 1994.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: estudos de dialética marxista*. Porto: Publicações Escorpião, 1974;

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. 1;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1995.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO: APOTEOSE DA EXPLICITAÇÃO DAS RELAÇÕES DE PODER ENTRE JUÍZES E ADVOGADOS NO CAMPO JURÍDICO*

*Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira***

Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise das relações de poder entre juizes e advogados no interior do campo jurídico e, por objetivo, demonstrar e explicitar a posição secundária do advogado neste campo e seus contínuos esforços, enquanto categoria organizada de profissionais, para melhorar sua posição.

A questão subjetiva implícita à escolha temática do trabalho em análise consubstancia-se no fato de os seus autores constituírem-se em atores sociais que atuam como advogados. A inserção prática na área jurídica durante aproximadamente 5 (cinco) anos, acrescida de um olhar muito específico, obtido durante o processo de socialização no âmbito da Antropologia, fez suscitar um turbilhão de questões propriamente antropológicas.

Uma inquietação intelectual tomou conta de nossos pensamentos. À lente intelectual da formação jurídica, foi sobreposta uma outra, simbólica, que busca as representações sociais, própria da antropologia.

Questionamos, com tantos anos de inserção no campo jurídico, a possibilidade de conseguir um distanciamento mínimo, necessário para o desenvolvimento satisfatório de uma pesquisa antropológica.

* Trabalho apresentado no XXI Encontro da Associação Brasileira de Antropologia, Vitória – abril de 1998.

** Mestrando em Antropologia e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense (UFF).

O que propomos, seguindo aqui uma tradição nacional, é realizar uma antropologia “nativa”, talvez duplamente “nativa”, pois referente às relações sociais que fazem parte do dia a dia dos pesquisadores. O distanciamento do objeto de estudo enquanto pressuposto de uma atividade de pesquisa se torna aqui problemático.

Ora, neste contexto, aventar a possibilidade de se colocar no lugar do “nativo” para se apropriar de suas categorias, formas de pensamento etc., como nos propõe a antropologia clássica, chega a ser risível.

Uma endo-antropologia é perfeitamente possível, e os antropólogos brasileiros já demonstraram este fato.

Apesar destas dificuldades de cunho epistemológico, acreditamos na viabilidade da pesquisa. Neste sentido, realizaremos esforços visando à obtenção de uma postura de estranhamento em face dos fenômenos sociais do campo jurídico.

Por outro lado, se nossa vivência no campo jurídico trouxe alguns embaraços à pesquisa, foi exatamente ela que propiciou uma riqueza incomensurável de reflexões, por conhecermos as especificidades do campo, com suas matizes e práticas cotidianas e a possibilidade de cotejar os arcabouços teóricos e práticos de duas áreas conexas do saber: direito e antropologia.

Tendo como proposta o estudo das relações de poder entre juízes e advogados, realizamos, durante o meses de dezembro e janeiro de 1997/8, o trabalho de campo na salas de audiência de quatro varas cíveis do *Forum* do Rio de Janeiro (capital), durante as sessões jurídicas denominadas Audiência de Instrução e Julgamento. Ao todo participamos de dez sessões.

A audiência de instrução e julgamento (AIJ) é um dos momentos mais importantes do processo. Nesta audiência, presidida pelo magistrado, são produzidas as provas de natureza oral, outras provas são completadas, ocorre o debate entre as partes sobre os fatos e direitos concernentes à contenda e a decisão judicial é proferida. A AIJ é uma fase do procedimento processual na qual as relações de poder entre juízes e advogados se apresentam numa dimensão de ampla explicitude. Daí o fato deste momento processual ter sido escolhido como o mais adequado à realização do trabalho de campo.

I. Audiência de Instrução e Julgamento

O poder estatal encontra-se tripartido em Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com atribuições próprias, sendo a do Judiciário a de exercer um poder específico sobre as pessoas: o poder jurisdicional.

O poder jurisdicional implica a subtração de significativa parcela de autonomia dos indivíduos no sentido de não mais poderem resolver parte considerável de seus embates sem a presença do Estado para regulamentar a forma e o desenlace da querela.

O estado de direito, com suas normas jurídicas, aplica universalmente os preceitos jurídico-formais sobre todos aqueles sujeitos a sua jurisdição. Não é permitido o descumprimento de norma jurídica sob a alegação de seu desconhecimento. Há uma presunção (ou ficção jurídica¹) de que todos conhecem as normas jurídicas. Com suporte nesta ficção, o Estado exerce o poder de delimitar, de traçar os parâmetros das condutas possíveis dos atores sociais. A violação de uma norma jurídica implica a potencialidade do exercício de uma sanção sobre o indivíduo por parte do Estado.

Para o exercício da jurisdição o Estado criou uma instituição específica, o Judiciário, cuja atribuição central é compor os conflitos intersubjetivos jurisdicionáveis através de um conjunto sistemático de preceitos jurídico-normativos.

Na estrutura do Judiciário o juiz desempenha o papel de representante do Estado, viabilizando o efetivo exercício do poder jurisdicional. Segundo Pontes de Miranda², o juiz no exercício de suas funções **representa** o Estado, ele é o próprio Estado na execução do ato jurisdicional.

No plano jurídico, as atribuições do magistrado encontram-se em diversas leis. Vamos apresentar alguns dispositivos legais sobre as atribuições do juiz exposto no Código de Processo Civil³.

O Código de Processo Civil dispõe:

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código(...)”.

“Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe:

- I) manter a ordem e o decoro na audiência;
- II) ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente;
- III) requisitar, quando necessário, a força policial”.

“Art. 446. Compete ao juiz em especial:

- I) dirigir os trabalhos da audiência;

¹ A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: “art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973), Rio, 1974-1977.

³ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

- II) proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;
- III) exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade”.

Podemos constatar, através dos artigos do CPC, a posição proeminente desempenhada pelo juiz.

De posse destes dados realizamos incursões nas salas de audiência do *Forum* do Rio de Janeiro.

No aspecto físico, apesar de algumas diferenças, as salas de audiência possuem, em geral, grandes semelhanças.

As salas são pequenas, cabendo em torno de 20 pessoas, entre sentadas e em pé. O mobiliário é composto de cadeiras e de duas mesas. Uma mesa comprida em forma retangular, acompanhada de aproximadamente seis cadeiras nas quais sentam-se as partes (autor e réu) e seus advogados. Em outra mesa, também comprida e retangular, justaposta com a anterior, formando uma perpendicular, sentam-se o juiz (ao centro), o promotor de justiça e o escrevente. O material que compõe as mesas varia de sala para sala, sendo algumas de madeira maciça com detalhes talhados e outras compostas de compensado. Na maior parte das salas o piso sobre o qual se sobrepõem as mesas dos juizes é em torno de 30 centímetros mais elevado do que o piso sobre o qual se encontram as mesas dos advogados e das partes. A cadeira do magistrado é a maior, mais vistosa, imponente e possui a palavra “juiz” esculpida na parte superior.

As audiências realizam-se na parte da tarde iniciando-se em torno das 13:00 hs. Os trabalhos começam com o oficial de justiça chamando os interessados através de leitura em voz alta de seus nomes no corredor próximo à porta da sala de audiência. As partes e seus procuradores entram e sentam-se em locais pré-ordenados.

Conforme já foi exposto, o juiz preside a sessão.

A fase de instrução da audiência, na qual são produzidas as provas, apresenta-se previamente ordenada da seguinte maneira: primeiramente os peritos e assistentes técnicos responderão os quesitos da perícia; em segundo lugar, o juiz tomará os depoimentos do autor e depois do réu e, por fim, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu. Durante os depoimentos das pessoas acima arroladas, “os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz” (CPC, art.446, parágrafo único). Após o depoimento destas pessoas o juiz permitirá que os advogados do autor e do réu realizem perguntas aos depoentes. Cabe frisar que estas perguntas são dirigidas ao juiz, cabendo a este deferi-las ou não. Caso concorde com a pergunta o magistrado a repetirá para o depoente. Terminada a fase de instrução o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu e, em seguida, dará a sentença ou marcará

prazo de 10 dias. Este procedimento, conforme observamos, é rigorosamente cumprido.

Cabe ressaltar que as partes, na audiência e em todo o processo, não têm o direito de falar, a não ser em momentos muito específicos como nos depoimentos, por exemplo. O direito de falar e agir cabe ao advogado, representante da parte em juízo e detentor do direito de postular.

Observamos durante as audiências um clima de extrema formalidade. As partes, os advogados e os serventuários do Judiciário dirigem-se ao juiz numa postura de submissão⁴. As pessoas envolvidas nesta cena, neste contexto, ao se dirigirem ao magistrado para falar algo utilizam a expressão Vossa Excelência. O juiz, por sua vez, trata as partes como senhor ou senhora e em caso de advogado de doutor.

As expressões faciais, o tom da voz, os olhares são aspectos do desenvolvimento desta cena que corroboram a posição de autoridade na qual o magistrado está investido.

Em algumas audiências o juiz manifestou irritação com as partes e advogados mas não presenciamos o oposto.

Durante a realização de uma audiência, após ler a petição do advogado do autor, o juiz fez o seguinte comentário (*num tom repreensivo*):

“Doutor! (dirigindo-se ao advogado) O senhor escreveu em sua petição que é um absurdo o Estado não dar apoio às instituições beneficentes. Beneficiante é o que doutor? ... a ciência do bem? O senhor deveria estudar mais português”.

O advogado, constringido, nada falou. Aliás, constringimento é uma palavra cujo significado parece estar impregnado nas estruturas de concreto do *Forum*, no olhar das pessoas que transitam pelos seus corredores e nas expressões faciais do presos que aguardam julgamento.

O olhar do juiz é revelador do exercício de uma autoridade, de um poder que ele apresenta (poder estatal): o juiz é o Estado. O juiz não pergunta, ele inquire; ele não pede, ordena; ele não requer, requisita. A eficácia de sua autoridade simbólica assenta-se sobre as condições sociais de sua produção (Bourdieu, 1996).

O discurso de autoridade (do juiz) é um discurso autorizado. A fala do magistrado no exercício de suas funções é um pronunciamento ritual, e o princípio de eficácia deste, encontra-se na “relação entre as propriedades do

⁴ É certo que isto não se aplica a todos os advogados, notadamente os consagrados no campo, recebedores de um tratamento diferencial por parte do juiz, mas a observação é válida de um modo geral.

discurso, as propriedades daquele que o pronuncia e as propriedades da instituição que o autoriza a pronunciá-lo” (Bourdieu, 1996).

O magistrado para obter a eficácia simbólica de seu discurso de autoridade precisa atender às condições litúrgicas do ritual e também ser reconhecido por aqueles sobre os quais ele exerce a sua autoridade como tendo o direito de exercê-la.

“A eficácia simbólica das palavras se exerce apenas na medida em que a pessoa-alvo reconhece quem a exerce como podendo exercê-la de direito”(…) (Bourdieu, 1996, p. 95).

Como podemos observar, todo o contexto no qual se desenvolve esta sessão jurídica reforça a posição do juiz enquanto autoridade legítima, detentora do exercício do poder sobre as ações possíveis dos demais atores sociais.

O campo jurídico é hierarquicamente bem delimitado, estando o *corpus* da magistratura no ápice da pirâmide e os advogados numa posição de pouco prestígio se comparados aos demais operadores jurídicos (promotores de justiça, defensores públicos, procuradores estaduais ou municipais, etc.).

A Audiência de Instrução e Julgamento explicita claramente as relações de poder e a posição secundária do advogado.

A dimensão do espaço físico, com a mesa do magistrado numa posição mais elevada do que a mesa dos advogados e das partes, a postura tímida através da qual muitos advogados se dirigem aos juizes, retrata as relações de hierarquização.

O poder no qual o juiz está investido é tão grande que as partes ou os advogados para falarem dependem de sua autorização (o juiz delega o poder da fala). O juiz pode cassar a palavra do advogado, pode exercer o poder de polícia sobre ele, determinando que o mesmo se retire da sala de audiência e no limite do exercício de seu poder pode até determinar a prisão do advogado.

O pronome pessoal de tratamento dispensado ao magistrado (Vossa Excelência) é outro demonstrativo de sua posição superior no campo. Cabe lembrar que segundo a gramática portuguesa, Vossa Excelência deve ser utilizado como forma de tratamento de altas autoridades.

O ritual litúrgico da audiência possui a função simbólica de reforça a autoridade da qual o juiz está investido. Os advogados, mesmo sendo os detentores da capacidade postulatória, para realizarem qualquer pergunta às testemunhas ou às partes, devem dirigir-se ao magistrado que poderá aceitá-las ou denegá-las. No caso de aceite, o juiz repete a pergunta formulada pelo advogado. Ora, a posição de inferioridade do advogado nesta relação

intersubjetiva é flagrante, e sua repercussão psíquica emerge muitas vezes através de uma postura de inibição... uma voz baixa... muitas vezes pelo silêncio do advogado que prefere não falar com medo de maiores constrangimentos.

Numa das audiências o advogado lembrou ao juiz um dispositivo legal que deveria ser aplicado ao caso, e este respondeu (*num tom de reprovação*): “Doutor, eu conheço a legislação, não há necessidade deste tipo de comentário”.

Durante a nossa socialização no campo jurídico, uma das primeiras coisas aprendidas foi que os juizes são a personificação do Saber jurídico. Na faculdade de Direito aprendemos a ter postura de reverência diante dos magistrados. Os brocardos latinos, ainda utilizados no meio jurídico, corroboram estas representações, por exemplo: *Jura novit curia* (o tribunal conhece o direito); *Judici ab appellatoribus convicium fieri non oportet, aliquim infamia notantur* (não devem os apelantes proferir injúrias contra o juiz, senão terão a nota de infâmia).

No Tribunal do Júri, área penal, o juiz ocupa durante os debates posição secundária, em comparação com os advogados e promotores que realizam as sustentações orais. Porém, no ritual do Tribunal do Júri o juiz é ritualisticamente destacado desde o início dos trabalhos forenses.

As sessões do Júri são iniciadas com a chegada destacada do juiz presidente da “vara criminal”. Com essa entrada no “plenário”, é tocada uma campanha indicando que todos os presentes (público, jurados, oficiais de justiça) devem ficar de pé. Imediatamente, de novo, outra campanha é tocada, significando que todos devem assentar-se.

As “partes” entram de maneira discreta, logo após o juiz, sem qualquer ritualização, demonstrando o lugar secundário, que ocupam em relação a este (...)” (Rinaldi, 1997, p.80).

Fica evidenciado que no âmbito da cultura jurídica o magistrado possui uma posição de relevo. Sua autoridade é fortalecida no transcorrer da ritualística processual.

O exercício do poder por parte do juiz consubstancia-se numa maneira de estruturar o campo de ações possíveis dos outros.

A especificidade de uma relação de poder é que ela não age diretamente sobre os outros, mas age sobre as ações dos outros. Uma ação sobre ações: eventuais, atuais, futuras ou presentes (Foucault, 1995).

Para o exercício efetivo da relação de poder entre juizes e advogados é preciso o preenchimento de dois requisitos: que o “outro” (o advogado, sobre o

qual se exerce o poder) seja reconhecido e mantido até o fim como o sujeito⁵ de ação, e que se abra diante desta relação de poder todo um campo de respostas e reações possíveis (Foucault, 1995, p. 243).

II) A Luta dos Advogados

A hierarquia no campo jurídico coloca os juizes numa posição de superioridade em relação aos advogados no concerner às relações de poder. O *status*, o prestígio social, a posse efetiva do direito de dizer o direito aplicável ao conflito de interesses *sub judice*, coloca a magistratura, instituição composta pelos juizes de direito, no ápice da hierarquia.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), instituição representante dos advogados, reguladora e fiscalizadora do exercício profissional da advocacia, busca através de embates e disputas, dentro e fora da seara jurídica, uma melhor colocação na continua luta pelas parcelas de poder no interior do campo jurídico.

Através da análise de alguns dispositivos legais pretendemos explicitar o jogo de disputas e concorrências pelo poder no qual a OAB se encontra submersa.

A Constituição Federal de 1988 trouxe conquistas relevantes para a categoria dos advogados. A principal delas, denominada quinto constitucional, encontra-se no seguinte dispositivo:

“Art.94. Um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

Com esta norma jurídica a OAB conquistou o direito de acesso (sem concurso público de provas e títulos) dos advogados escolhidos aos quadros da Magistratura de segunda instância ou superior. A eficácia simbólica desta norma retrata-se na possibilidade efetiva, atendidos os pressupostos legais, de transcender, através de um ato de magia social, para uma posição no campo jurídico de evidente vantagem, superioridade. O advogado nomeado despe-se da representação de seu papel social no campo jurídico, de clara inferioridade, para

⁵ Segundo Foucault, “há dois significados para a palavra sujeito: sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso à sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito a” (1995, p. 235).

incorporar-se à instituição que apresenta o Estado, que é o próprio Estado no exercício da função jurisdicional. O advogado selecionado sofre o efeito simbólico de transmutação de papel, deixando de ser o sujeito (aquele sobre o qual se exerce o poder) da relação de poder para tornar-se autoridade legítima, reconhecida pelos sujeitos como detentora do direito de exercício desta autoridade. O advogado sai de seu casulo de larva para transmutar-se em borboleta, ele deixa de ser o ator que requer à autoridade a aplicação de um direito favorável a sua tese para se transformar nesta autoridade detentora do direito de dizer o direito aplicável ao caso concreto. Para irmos ainda mais longe na eficácia simbólica desta conversão, o ex-advogado, agora investido de uma autoridade delegada, e exercendo suas novas atribuições num órgão de instância superior dos quadros da Magistratura, passa a ser o detentor do direito de modificar ou invalidar os atos de autoridade judiciária hierarquicamente inferior nos quadros do Poder Judiciário, produzindo um efeito de inversão drástica, deixando de ser o sujeito potencial das relações sociais travadas no campo jurídico, para ser aquele que exerce uma ação sobre as ações possíveis das autoridades judiciárias inferiores.

O impacto na subjetividade deste advogado convertido em juiz é tão significativo que podemos explicitá-lo através da fala de um entrevistado (advogado): “Ele sempre conversou comigo nos corredores do Fórum. Agora que é juiz, mal me cumprimenta. Ele pensa que é o quê!?!...”

Destacamos também alguns aspectos normativo-legais do Estatuto da OAB. Trata-se de lei federal que regula a atividade da advocacia, dispõe sobre os direitos e deveres dos advogados e elenca as atribuições da OAB.

Em 1994 entrou em vigor o novo Estatuto da OAB⁶.

O Estatuto revogado, de 1963⁷, apresentava no capítulo referente à legitimação e aos atos privativos dos advogados a norma seguinte:

“Art.69. Entre juizes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos”.

O atual Estatuto, utilizando-se de proposição normativa semelhante, colocou-a, porém, no primeiro artigo do capítulo referente aos direitos do advogado, nestes termos:

“Art.6. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”.

⁶ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

⁷ Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963

A mudança de localização da norma no corpo do Estatuto, sendo inserida no primeiro artigo do capítulo referente aos direitos do advogado é significativo do valor dado a esta proposição normativa.

O enunciado feito pelo legislador federal, no plano normativo-jurídico, da inexistência de hierarquia e subordinação entre juízes e advogados consubstancia-se na explicitação inversa da proposição quando analisamos numa perspectiva simbólica. À literalidade gramatical de negação corresponde a afirmação do seu contrário no plano simbólico. Tenta-se negar às evidências do cotidiano das relações sociais travadas pelos atores sociais aqui estudados. A eficácia simbólica deste dispositivo legal, na pujança da literalidade da expressão gramatical, é produzir um efeito ilusório de colocação dos advogados, enquanto categoria profissional organizada, numa posição menos desconfortável no campo jurídico.

Poder-se-ia alegar que esta subordinação e hierarquia referem-se ao plano funcional administrativo, inexistindo assim qualquer possibilidade de hierarquização jurídica entre a Magistratura e a Ordem dos Advogados do Brasil. Ora, no plano formal, efetivamente não há nenhuma hierarquia entre estas instituições. A OAB não faz parte da estrutura do Poder Judiciário, não exerce a função jurisdicional. A elaboração desta norma legal objetivando efeitos puramente jurídicos é desnecessária, pois é óbvio que não existe hierarquia entre os juízes e advogados. Como corolário, o objetivo principal desta norma foi o de produzir um efeito simbólico.

Considerações Finais

Tendo em vista as reflexões produzidas destacaremos algumas conclusões consideradas relevantes:

1. Na hierarquia do campo jurídico o advogado possui uma posição secundária, inferior, comparativamente com o magistrado que possui colocação de destaque.

2. Um dos objetivos principais da liturgia ritual desenvolvida nas audiências é reforçar a posição superior do juiz no campo jurídico.

3. Os procedimentos processuais são dirigidos pelo magistrado, detentor do direito de delegar a palavra, e do direito de dizer o direito a ser aplicado ao caso concreto.

4. O magistrado para obter a eficácia simbólica de seu discurso de autoridade precisa atender às condições litúrgicas do ritual e também ser reconhecido por aqueles sobre os quais ele exerce a sua autoridade como tendo o direito de exercê-la.

5. Há um esforço constante dos advogados, enquanto categoria profissional organizada, objetivando melhorar sua posição nas relações de poder no interior do campo jurídico.

Bibliografia

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo, Editora da USP, 1996.

-----, *O poder simbólico*. Lisboa, Difel, 1989.

FOUCAULT, Michel. "O sujeito e o poder". In: Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica*. Rio de Janeiro, Forense universitária, 1995.

GEERTZ, Clifford. "Do ponto de vista do nativo". In: *Symbolic Anthropology*. Mimeo. Biblioteca do Museu Nacional.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de e outros. "A categoria (des) ordem e a pós-modernidade da antropologia". In: *A pós-modernidade*. Campinas, Ed. da Unicamp, 1987.

RINALDI, Alessandra de Andrade. "Dom", "Iluminados" e "Figurões": um estudo sobre a representação da oratória no Tribunal do Júri do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 1997.

É POSSÍVEL ANTECIPAR A TUTELA NA SENTENÇA DE MÉRITO?

*Paulo Renato Fernandes da Silva**

A indagação em epígrafe merece reflexão pois não raro temos observado a utilização do instituto da antecipação da tutela, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 8.952, de 14/12/94, na sentença de mérito, tendo por escopo dar efetividade e celeridade às decisões judiciais, olvidando, todavia, dos aspectos legais e processuais que regem a matéria.

A primeira questão que se apresenta para análise é a interpretação do *caput* do artigo 273 do CPC, segundo o qual o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que presentes os pressupostos da prova inequívoca e da verossimilhança, dentre outros.

A par dos pressupostos específicos, temos presente que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida consiste em mecanismo legal engendrado com o fito de proporcionar de forma inusitadamente rápida, àquele que se encontre em situação de periclitância do seu direito material, possa obter de imediato um provimento jurisdicional que acolha o pedido de mérito, e que possua eficácia executiva imediata.

Em outras palavras, a entrega da prestação jurisdicional que só era possível ao final do processo, agora pode ser transportada para o seu início, com a tutela antecipada, consubstanciando um verdadeiro arroubo revolucionário, no atingimento daquilo que Cândido Rangel Dinamarco¹ denominou de processo de resultados, em contraposição ao processo de conceitos e filigranas.

Logo, sem muita dificuldade, chega-se à primeira conclusão, de que o que se antecipa é o provimento de mérito, em caráter provisório, até que se possa

* Advogado e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

¹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª edição, Malheiros Editores, 1995.

chegar pelas vias processuais marcadas pelo contraditório, ao julgamento definitivo do processo, onde o que foi antecipado cederá lugar ao provimento final, a sentença de mérito, objetivada desde o início pelo autor.

O juízo que era de probabilidade passa a ser de certeza, formada pela absoluta convicção do juiz da causa, após o transcurso de toda fase de dilação probatória, rendendo ensejo ao acolhimento definitivo da pretensão autoral, em que a antecipação desaparece substituída pela sentença definitiva, que segundo Moacyr Amaral dos Santos², são aquelas, “também ditas sentenças de mérito ou sentenças de fundo: põem termo ao processo, decidindo do mérito, isto é, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor.”

Assim, há inafastável contradição ontológica em se pretender antecipar a tutela em sede de sentença, porquanto não há como antecipar algo que está sendo prolatado naquele mesmo momento processual, a sentença, porque aí verdadeiramente não se está antecipando a tutela, mas sim proferindo a decisão final do processo, concedendo tradicionalmente a tutela jurídica pleiteada.

No dizer de Manoel Antônio Teixeira Filho³, em seu livro acerca do assunto, ao tratar da modificação e revogação da decisão antecipatória, a questão é posta da seguinte forma:

“Dessa dicção da lei extraem-se algumas conclusões: a) é óbvio que a modificação ou a revogação devem ser feitas antes do proferimento da sentença de fundo; lançada esta, desaparece a decisão antecipadora, que passa a ser substituída pela sentença, mesmo que esta incorpore aquela;”

No mesmo sentido, é o magistério de Carreira Alvim⁴, que, de passagem, ao tratar do momento da antecipação da tutela no processo sumário (que aliás foi reformado sob inspiração das normas contidas nos artigos 843 e seguintes da CLT), deixou revelar seu entendimento, *in verbis*:

“Não havendo a lei estabelecido um momento preclusivo para a antecipação da tutela, pode ela ser concedida a qualquer tempo, antes da sentença, bastando que se tenha tomado necessária, o que pode vir a ocorrer no curso do processo ou depois de produzida determinada prova.”

Nelson Nery Junior⁵ sustenta a mesma teoria quanto ao momento

² Moacyr Amaral dos Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 16ª edição, 1997.

³ Manoel Antônio Teixeira Filho, *As Alterações no CPC e suas Repercussões no Processo do Trabalho*, 4ª edição, editora LTR, 1996.

⁴ J.E. Carreira Alvim, *Procedimento Sumário na Reforma Processual*, editora Del Rey, 1996.

⁵ Nelson Nery Junior, *Atualidades sobre o Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 1995.

processual de antecipação da tutela, arrematando:

“a medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença.(...) Proferida a sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão”.

Não obstante, em razão cumulativa e independente, cumpre registrar que dado o caráter provisório da antecipação da tutela (que se constitui em decisão interlocutória, e não sentença, *ex vi* artigo 162 do CPC, embora demande outro enquadramento legal *de lege ferenda*) a lei prevê que o juízo⁶ poderá modificar ou revogar o provimento antecipatório a qualquer tempo, mas como modificar ou revogar a sentença que acabou de ser prolatada?

Com efeito, conclui-se que se a antecipação for concedida na sentença o princípio da revogação ou modificação seria frustrado pois é justamente com esta que o juiz cumpre e acaba com sua função jurisdicional, não podendo mais alterar a decisão, salvo as exceções previstas em lei, como são as contidas nos artigos 296, 535, 523, etc., todos do CPC.

Ademais, restaria alvejado o direito processual da parte contrária requerer a revogação ou modificação (para menos), do provimento antecipado, com balizamento no parágrafo 4º do citado artigo 273 do Estatuto Processual Civil, só restando a via longa da instância recursal, em detrimento do princípio constitucional adjetivo do *due process of law*, inserto no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição da República.

Depreende-se, portanto, do parágrafo 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que a antecipação não poderá ser concedida em sentença sob pena de frustrar o princípio, tornar letra morta a lei, e ofender norma constitucional.

Outro aspecto que deve ser focado diz respeito à idéia de que concedida, ou não, a antecipação, o processo deverá prosseguir até ser julgado, isto é, até estar pronto para receber a sentença, consoante a inteligência do parágrafo 5º do artigo 273 do CPC.

Parece de meridiana compreensão que a antecipação poderá ser concedida, sempre a requerimento da parte, em qualquer momento processual desde que anterior à prolação da sentença, eis que a partir daí a decisão interlocutória é

⁶ Para Carreira Alvim o juiz não pode revogar ou modificar a tutela antecipada de ofício, dependendo do requerimento da parte, pois se a antecipação não pode ser concedida de ofício, não pode ser revogada ou modificada de ofício. A corrente dominante, entretanto, entende que está no âmbito da discricionariedade do juiz a revogação ou a modificação de ofício, pois o processo começa por iniciativa da parte, mas desenvolve-se por impulso oficial (CPC,art.262); esse é o posicionamento de Dinamarco, Manoel Antônio T. Filho, etc.

substituída pela sentença final. Sobre o tema leciona Cândido Rangel Dinamarco⁷:

“O ato judicial que concede ou nega a tutela antecipada é decisão interlocutória e não sentença. Sequer seria necessária a explicitude do § 5º do art. 273, para saber-se que concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Assim, o preceito legal reafirma a independência das decisões em jogo, a decisão de antecipação da tutela como de natureza interlocutória e a decisão final como a sentença do processo, vale dizer, uma como antecipação liminar e a outra como a resolução do mérito. Havendo ou não a concessão da antecipação do provimento, tudo é provisório, só havendo solução definitiva na sentença.

Há, ainda, questões conjunturais relacionadas ao enfrentamento correto do pedido, como, por exemplo, na hipótese da petição inicial conter requerimento de antecipação da tutela *in initio litis*, caso em que a antecipação não poderá ser concedida em sentença pois o pedido foi delimitado temporalmente. E como se sabe o pedido deve ser interpretado restritivamente, e ser decidido na oportunidade pedida, sob pena do julgado incidir em nulidade por deferir algo que não foi pleiteado no quadrante sentencial, sendo por isso uma decisão *extra petita*.

Não se pode descurar, por seu turno, da nobre intencionalidade que toca o tema, como na constatação que faz Dalmo de Abreu Dallari⁸, ao tratar do assunto que intitulou de A Boa Rebelião dos Juizes, *verbis*:

“Um dado muito positivo é que dentro do próprio quadro de juizes vem tomando corpo uma reação cada vez mais vigorosa, fazendo com que se justifique na prática o prestígio teórico e a condição de poder constitucional, de que goza o judiciário. Juizes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo por objetivos dar ao judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça.”

A busca incessante da efetiva distribuição de justiça a que alude Dallari, pode levar a desvirtuamentos como o do presente instituto, como é a hipótese de se antecipar a tutela de mérito na própria sentença.

⁷ Cândido Rangel Dinamarco, ob. cit. p.148.

⁸ Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juizes*, editora Saraiva, 1996

No particular, no entanto, a preocupação é desnecessária porquanto embora a decisão antecipatória tenha eficácia executiva imediata, sua execução é de natureza provisória, de acordo com o parágrafo 3º do dispositivo inovador do Código Processual, portanto, não abrangendo os atos que importem em alienação do domínio, nem permite sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro.

Ora, partindo da premissa de que os recursos no direito processual do trabalho têm, por expressa disposição legal (artigo 899 da CLT), como regra, o efeito meramente devolutivo, permitida a execução provisória até a penhora, conclui-se que a sentença que antecipa a tutela, buscando dar efetividade imediata ao seu comando é desnecessária pois, além de ferir a técnica e ser ilegal, ela própria, como sentença de mérito, tem efetividade imediata bastando para tanto que a parte beneficiária do provimento requeira carta de sentença para dar curso a execução provisória, caso a decisão seja impugnada mediante recurso.

Se durante todo o transcurso processual o juízo entendeu não haver condições suficientes para antecipar a tutela, não é na sentença que o fará pois aí o provimento é definitivo e não de mera antecipação, tendo a sentença existência e executividade própria, na base da execução provisória.

Nesse sentido, o jurista Sérgio Bermudes⁹ adota a tese acima esposada, vejamos:

“se a apelação só produzir o efeito devolutivo, a sentença prevalece sobre a tutela, substituindo-a. Se a apelação produzir o duplo efeito, a sentença, só por si, não revoga a tutela antecipada, a menos que o juiz assim decida, na própria sentença ou em separado, como lhe permite o § 4º”

Por outro lado, ainda que se admita a possibilidade de ser facultado à parte requerer em juízo recursal ou executório, a antecipação da tutela, como defende Calmon de Passos¹⁰, mesmo assim as decisões de mérito e finais jamais poderiam conceder a antecipação em face de tudo o que já foi dito, plenamente aplicável neste enfoque.

O entendimento perfilhado no parágrafo anterior, é fundamentado na interpretação do parágrafo 5º do artigo 273 do CPC, segundo o qual a expressão “até final julgamento”, utilizada pela lei significa até o momento em que esgotados todos os recursos ou não utilizados os previstos, hipótese em que a decisão de mérito transita em julgado. Logo, o pedido poderá ser feito a qualquer momento, desde que a partir do instante do surgimento da situação de

⁹ Sérgio Bermudes, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2a ed., 1996.

¹⁰ J.J. Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1995.

periclitância do direito material.

Dessa forma, ainda que se compartilhe do pensamento do mestre e jurista baiano, deve-se ter claro que os atos de decisão final, a sentença e o acórdão, visam ao provimento meritório de fundo. Entendemos que se no curso de determinada fase processual surgir a situação prevista em lei, neste caso a tutela poderá ser antecipada até a decisão meritória final, pertinente àquela fase. A decisão antecipatória, contudo, jamais poderá substituir ou conviver com o provimento de mérito, seja a sentença ou o acórdão. Em caso contrário, ter-se-ia a absurda hipótese de acórdãos dos Tribunais Regionais, do Tribunal Superior do Trabalho, e até do Supremo Tribunal Federal, serem meras antecipações de provimentos precários, o que é inconcebível.

Na prática, a situação mencionada nos parágrafos anteriores pouco ocorreria, pois, ao menos na seara do Processo Judiciário do Trabalho, o pedido de antecipação da tutela só teria azo, após a prolação da sentença, se esta fosse no sentido da improcedência do pedido em caso de procedência como se viu cabe execução imediata e provisória), e, no caso em relevo, dificilmente uma Turma do Tribunal do Trabalho iria deferir um pedido de antecipação de tutela, com base na prova inequívoca e na verossimilhança¹¹, já espancados por uma decisão de primeiro grau improcedente.

Todavia, dada a riqueza de situações que a vida apresenta, surpreendendo e desprezando as mais autorizadas previsões, é bom indicar alguns casos que podem acontecer, como, *verbi gratia*, contendas envolvendo matéria de aplicação de determinada lei ao caso concreto, bem como a própria interpretação de um preceito legal ou normativo invocado, ou uma alteração contratual que gere enorme prejuízo e situação de dano irreparável à parte, etc., quando o julgamento toma tonalidades de entendimentos e às vezes até mesmo contrários à jurisprudência sumulada dos Tribunais Superiores, que nestas condições poderão antecipar a tutela pela via recursal.

O novo instituto deve ser recebido da forma mais ampla possível, e em todos os tipos de procedimento compatíveis, vigora a regra da menor restrição possível a um remédio tão salutar e necessário, mas que deve ser adequado ao regime jurídico processual vigente.

E o direito processual do trabalho, por sua vez, oferece aos operadores do direito razoável material para se atender aos ventos vindos do velho continente

¹¹ Do encontro da prova inequívoca e da verossimilhança, Dinamarco chega ao juízo de probabilidade que sintetiza e harmoniza a interpretação do texto legal, eis que a verificação da presença desses dois requisitos positivos ocorre dentro de um juízo sumário onde a certeza do julgador é parcial, pois parcial é sua visão da lide, que só será completada após a instrução processual. A prova inequívoca, portanto, é aquela prova clara, evidente, que não deixa dúvidas, ou cuja veracidade ou autenticidade seja provável, mas que interage com a verossimilhança que é a possibilidade de algo ser verdadeiro. "As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável, pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta)".

(as chamadas ondas renovatórias), e que têm nas disposições adjetivas consolidadas, campo fértil para florescer e se aperfeiçoar. O direito do trabalho deu importante contribuição para chegar a um modelo mais célere de processo civil, sendo igualmente verdadeira a recíproca.

Destarte, entendemos ser um erro, atecnia, e ilegalidade, inclusive com ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, a antecipação da tutela na sentença, devendo esta parte do julgado ser podada como excesso indevido do julgado, por atentar contra a ordem jurídica e a norma processual aplicável à espécie.

O RACIOCÍNIO TÓPICO E A CONCEPÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO

*Paulo Roberto Soares Mendonça**

Introdução

O presente trabalho aborda uma questão de grande importância no campo do direito, ligada à formulação de alternativas para o paradigma formal do positivismo jurídico, o qual neste fim de século dá claros sinais de enfraquecimento.

Para tanto, recorrer-se-á à obra de Theodor Viehweg, autor alemão, que se insere no contexto dos diferentes autores, que no período posterior à II Grande Guerra, se dedicaram à busca de novos tipos de abordagem do direito, fora dos estreitos limites das concepções do positivismo jurídico do século XIX e do normativismo kelseniano.

O estudo de autores como Chaim Perelman, Luis Recaséns Siches e o próprio Theodor Viehweg é de suma importância, pois, ainda que não sejam recentes as suas obras (datam basicamente das décadas de cinquenta e sessenta), são ainda pouco discutidas nos meios acadêmicos brasileiros. Em função disso, optou-se pela abordagem de alguns aspectos básicos da “tópica jurídica” de Viehweg, seguindo a trilha aberta por Tércio Sampaio Ferraz, autor responsável pela divulgação de suas idéias no Brasil, sendo inclusive o tradutor de sua principal obra: *Tópica e Jurisprudência*.

Viehweg retoma o pensamento tópico da Antigüidade greco-romana, a fim de elaborar um tipo de análise da matéria jurídica, que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da Ciência do Direito, durante muito tempo restrito à análise estrutural do ordenamento jurídico e da relação existente

* O autor é Mestre em Direito e professor do Departamento de Direito da PUC-Rio, sendo o presente trabalho um resultado das atividades desenvolvidas como orientador da pesquisa “A Questão Argumentativa e os Tribunais Superiores”, na âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da PUC-Rio, no período de agosto de 1995 a julho de 1997.

entre suas normas.

Inicialmente, o trabalho faz um esboço das linhas gerais do pensamento tópico e da importância do seu resgate. Em uma segunda etapa, é estabelecido um contraponto entre o pensamento tópico, fundado em problemas surgidos a partir de casos concretos, e o pensamento lógico-sistemático, que passou a organizar o estudo da Ciência do Direito, a partir da Era Moderna, além de serem também abordadas as possibilidades de harmonização entre esses dois modos de pensar, de natureza tão distinta.

Em um terceiro momento, empreende-se um debate a respeito da viabilidade da utilização da tópica, como parâmetro metodológico para a Ciência do Direito e em seguida, parte-se para uma reflexão em torno do papel da tópica, como instrumento de resgate da aporia fundamental do direito, diretamente relacionada com a noção de justiça.

Estando estruturado a partir dos eixos básicos anteriormente descritos, o presente trabalho pretende tornar acessíveis algumas propostas de Viehweg para o direito, de modo a que se possa construir alguma alternativa viável a uma concepção positivista da Ciência do Direito.

I - Linhas Gerais da Tópica

O termo “tópica” tem a sua origem na expressão grega “topos”, que corresponde ao “locus” latino e ao “lugar comum” em língua portuguesa. A tópica se associa a uma retomada do pensamento aristotélico, que propunha a adoção de um raciocínio fundado na solução de problemas.

Na tópica, Aristóteles aborda a arte da disputa, que se insere no contexto dos raciocínios dialéticos e não dos apodíticos. Estes últimos são aqueles que se formam a partir de deduções formuladas com base em proposições tidas como verdadeiras, inquestionáveis. Já os primeiros são resultado de proposições formadas por opiniões aceitas, a partir de um processo argumentativo, conforme destaca Tércio Sampaio Ferraz:

(...) Pois a generalidade é também uma espécie de indeterminabilidade e, neste sentido, objeto de um pensamento dialético e não de um pensamento científico ou apodítico, estando a ciência, assim, num ponto intermediário entre a particularidade e a generalidade. Nestes termos esclarecia-se a seguinte classificação: temos uma apodítica quando obtemos uma conclusão partindo de proposições universais, verdadeiras e primárias, ou delas derivadas; uma conclusão é, por sua vez, dialética quando se extrai de opiniões gerais; é sofisticada a que se baseia sobre meras aparências de opiniões que não o são efetivamente; finalmente, temos as conclusões errôneas,

equivocadas ou deficientes, que são as baseadas em proposições particulares. Esta classificação onde os dois últimos itens são considerados como sub-espécies do segundo, permite não apenas garantir o conhecimento científico ou universal, distinguindo-o dos demais, mas também restaurava o valor da opinião e da “discutibilidade”, livrando-a da mera arbitrariedade e irracionalidade.¹

Dentro da perspectiva desse trabalho, apenas a visão dialética será discutida, até mesmo porque ela representa o fundamento básico do raciocínio tópico. A expressão “topoi” é cunhada pelo próprio Aristóteles² e está ligada a um instrumental existente no processo argumentativo, que permite a solução de problemas e a contraposição de teses. Em verdade, a visão tópica é aquela que parte de problemas concretos, a fim de estabelecer determinados critérios para a sua solução. A tópica, mais do que trabalhar com hipóteses, irá, em função de situações surgidas no cotidiano, desenvolver soluções para outros problemas análogos.

A proposta de Theodor Viehweg é justamente a da retomada de um pensamento tópico no campo do direito, que se perdeu a partir de toda a preocupação sistematizante surgida na Era Moderna. Segundo ele, a tópica representaria uma alternativa preciosa ao excesso de formalismo presente na concepção positivista do direito, uma vez que, ao se deparar com problemas concretos, o juiz tem que lançar mão do arcabouço normativo disponível, o qual nem sempre se mostra suficiente, para dar-lhes uma solução satisfatória.

Em tais circunstâncias, o raciocínio tópico é de grande valia, pois a partir dele, poderia o julgador incorporar novos conteúdos ao ordenamento jurídico. Em verdade, o ordenamento seria algo em constante mutação e ampliação, de vez que ao direito positivo nele vigente, seriam constantemente agregadas novas normas, surgidas da aplicação do direito *in concreto*.

Ao contrário da visão do positivismo jurídico, que considera a normatividade como um *a priori*, em relação aos fatos sociais, a tópica jurídica vislumbra uma base fática do próprio direito positivo, que nada mais seria do que uma consolidação de um conjunto de “topoi” firmados ao longo do tempo e reduzidos a normas jurídicas positivadas.

O fator de diferenciação entre a concepção positivista do ordenamento jurídico e a concepção tópica proposta por Viehweg, reside basicamente no fato de que, nessa última, o conjunto de normas jurídicas estaria em constante mutação, podendo ser ampliado ou sofrer restrições, de acordo com o curso do

¹ Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*, 2.ed., São Paulo, Atlas, 1995, p. 325.

² Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, 1ª ed. bras., trad. Tércio Ferraz Jr., Brasília, 1979 (orig. 1953), p. 26.

processo de aplicação do direito. Na prática, o direito positivo seria apenas o ponto de partida, para a formação do verdadeiro sentido das normas, que seria definido no processo de sua aplicação, momento em que se torna necessária uma adequação entre a generalidade da norma e o fato social, historicamente considerado. Acresça-se que este elenco de "topoi" incorporará novos conteúdos, a partir de situações em que o direito positivo não oferece solução, exigindo a criação tópica de novas normas.

II - Tópica e Sistema Jurídico

O pensamento jurídico desenvolvido a partir da Era Moderna se caracteriza por uma profunda preocupação sistemática, que em boa parte se justifica pela própria necessidade de consolidação do poder político dos reis, durante o período absolutista, o que inclusive conduziu ao desenvolvimento das diversas concepções doutrinárias a respeito da soberania. A necessidade de existência de um conjunto de normas jurídicas, integradas entre si e resultantes de um monopólio de criação e aplicação do direito pelo Estado, seria a expressão formal da noção de soberania, dando origem ao que se convencionou denominar de concepção sistemática do direito.

Tal visão tomou corpo a partir da modernidade, tendo alcançado o seu ápice com os movimentos de codificação do direito, que de certa forma respondiam a uma necessidade do próprio modelo de Estado burguês, consolidado a partir do século XIX, na Europa Continental. Nele, vigorava o pressuposto de um efetivo controle pelo Estado, do processo de estruturação da ordem jurídica, devendo ser definitivamente banidos quaisquer resquícios de um quadro outrora existente, de pluralidade de fontes normativas..

Durante o século XIX irá prevalecer a concepção ligada ao chamado positivismo jurídico, que atende de maneira plena a esses imperativos de sistematicidade e segurança do modelo de Estado então surgido. Nele, a lei³ era vista como a fonte única do direito e o sistema de normas não deveria apresentar lacunas ou contradições entre os seus elementos.

Dentro de uma visão sistemática, o positivismo jurídico privilegiava uma abordagem dedutiva da matéria jurídica, em detrimento de um tipo de análise fundada no direito aplicado, que dominou o pensamento jurídico desde a Antigüidade até praticamente o século XVIII, quando foram colocados em segundo plano o direito costumeiro e o direito natural.

O auge do pensamento sistemático no direito se dá com a Teoria Pura do

³ O vocábulo 'lei' é aqui utilizado em sentido amplo, uma vez que as fontes de direito variam de um sistema jurídico, para outro, apesar da abordagem positivista do direito estar presente em vários deles. Na França, a Escola de Exegese se caracterizava pelo apego excessivo à lei positiva; na Alemanha, o chamado 'Pandectismo' supervalorizava as elaborações conceituais, resultantes do estudo dos institutos do Direito Romano e a Jurisprudência Analítica inglesa adotava o paradigma positivista, na análise das decisões consolidadas dos tribunais.

Direito de Hans Kelsen, segundo a qual ordenamento jurídico é visto como um sistema normativo dinâmico, imune às influências de aspectos fáticos e axiológicos, como a seguir se verifica:

O tipo [de ordenamento] dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fator produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.(...)⁴

Trata-se, portanto, de um sistema absolutamente formal, onde o conteúdo das normas inferiores deve se adequar ao de uma norma fundamental, que se impõe a partir de um critério de autoridade, sendo irrelevante se é justo ou não o seu conteúdo.

A proposta de Theodor Viehweg caminha justamente no sentido do resgate do raciocínio tópico no campo do direito, profundamente comprometido por uma análise absolutamente fundada no sistema. É vital, segundo ele, o resgate dos fundamentos problemáticos do próprio ordenamento jurídico, a fim de sejam formuladas respostas às inúmeras indagações, com as quais se depara o jurista, sobretudo quando está diante de situações ligadas à aplicação das normas jurídicas.

Em sua empreitada, Viehweg⁵ estabelece uma distinção clara entre o que vem a ser o pensamento problemático e o sistemático. O primeiro é aquele em que se dá ênfase a uma situação concreta, para a qual são possíveis várias respostas, devendo-se optar por uma, com base em determinados critérios previamente estabelecidos ou a partir de novos referenciais, então fixados ("topoi"). Já no segundo modelo de pensar, parte-se do pressuposto de que há um sistema, que fornece a base para a solução de todos os problemas. Em surgindo um problema fora do rol do sistema mencionado, este deve ser simplesmente ignorado, uma vez que o próprio sistema tipifica o que deve ser considerado problema, dentro de seu âmbito de abrangência de suas normas.

Desse modo, verifica-se que existe uma clara distinção entre esses dois modos de pensar: um é pontual, casuístico; enquanto o outro é generalista, universalizante. Aparentemente, trata-se de perspectivas que se mostram inconciliáveis. Todavia, Viehweg vislumbra a possibilidade de integração desses dois modos de pensar no campo do direito.

Conforme já dito, o pensamento jurídico da Era Moderna adota uma visão sistematizante, que para Viehweg⁶ se funda em um verdadeiro equívoco, pois

⁴ Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 208-209.

⁵ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 34.

⁶ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 77.

parte de uma idéia fechada de sistema, desconsiderando algo fundamental, que é a própria origem tópica dos sistemas normativos. Em verdade, o chamado ordenamento jurídico nada mais é do que um genuíno conjunto de “topoi” consolidados, tendo sido o grande erro das concepções positivistas do direito justamente o de negligenciar os vínculos tópicos das normas jurídicas, enfatizando apenas o caráter sistemático do ordenamento jurídico.

Segundo Viehweg, ainda que em tese fosse possível criar um sistema normativo absolutamente articulado, seria impossível prescindir da tópica, como se vê em seguida:

(...) Supondo-se que se pudesse construir um sistema jurídico semelhante, ainda se colocaria o problema de saber até que ponto este sistema teria logrado eliminar a tópica. É evidente que esta eliminação não se dá na escolha dos axiomas. Pois determinar quais são os princípios objetivos que serão selecionados é, do ponto de vista lógico, algo claramente arbitrário. O mesmo se pode dizer se esta seleção é absolutamente arbitrária em qualquer sentido possível ou se é controlada por uma série de outras exigências que obrigam a adotar uma determinada conduta.⁷

Ora, os próprios conceitos jurídicos privilegiados em determinado ordenamento têm origem e significado dados a partir de problemas. Basta verificar historicamente que a origem das instituições jurídicas é costumeira, antes de ser estatal, como no caso do direito pretoriano em Roma; dos “Glosadores”, durante a Baixa Idade Média, entre outros, conforme destaca Karl Larenz:

(...) Tópicos jurídicos serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o “consensus omnium”. Poderão surgir de novo sob forma muito diversa. No Direito Civil romano assumiam a forma de decisões de casos, que eram abstraídas do caso decidido de tal modo que “podiam facilmente ser reformuladas numa regra”. Também a Jurisprudência do mos italicus, da baixa Idade Média, procedia “topicamente” (...).⁸

Não se pode imaginar que a “maré”codificadora do século XIX tenha sido capaz de banir do mundo do direito todas as suas aporias fundamentais, que serão posteriormente discutidas em detalhe (item IV *infra*), tornando a matéria jurídica um todo absolutamente sistematizado, sem brechas para uma reflexão, em virtude

⁷ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 77.

⁸ Karl LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 172.

do surgimento de novas situações.

A retomada do modo de pensar tópico, proposta por Viehweg, não pode ser confundida com a pura e simples substituição do pensamento sistemático pelo tópico. O que pretende a tópica de Viehweg é a “problematização” do sistema jurídico. A tópica representa uma verdadeira busca de premissas e pode ser harmonizada com o raciocínio sistemático, no momento em que se perseguem os fundamentos do próprio sistema, inclusive como importante instrumento de garantia de sua estabilidade, conforme descreve Viehweg:

O modo de buscar as premissas influi na índole das deduções e, ao contrário, a índole das conclusões indica a forma de buscar as premissas. No estudo de um determinado modo de pensar é possível, portanto, situar-se em um ou em outro ponto. Não obstante, parece mais adequado comprovar de que maneira o modo de pensar examinado cria premissas e mantém fiel a elas, pois isto lhe dá a sua peculiar fisionomia. As conseqüências depreendem-se por si mesmas (...).⁹

Outro fator que reforça a proposta de integração do raciocínio tópico ao sistemático, está ligado à constatação prática, de que o processo de aplicação do direito, em diferentes situações, lança mão de um raciocínio baseado nas peculiaridades de cada caso. Nesse particular, a análise dos fatos e provas no curso do processo representa um procedimento genuinamente tópico, sendo a interpretação das normas o elo de ligação entre o aspecto problemático do processo (ligado ao estudo das provas) e a dimensão sistemática do ordenamento (formada pela integração entre as normas positivas). Por meio da interpretação, se pode dar novo sentido às leis vigentes no ordenamento, de acordo com as características específicas do problema.

Viehweg¹⁰ destaca, porém, que não se trata de uma conseqüência inerente ao processo hermenêutico, a ampliação ou modificação do sentido das normas jurídicas, mas que há um considerável potencial para o desenvolvimento de um raciocínio problemático, a partir do processo interpretativo, cabendo ao aplicador do direito explorar ao máximo tal potencialidade, através da adoção de uma postura mais ousada e criativa.

A interpretação ainda tem papel extremamente relevante, no que diz respeito à harmonização dos diferentes sistemas. Sim, porque Viehweg¹¹ questiona uma visão tradicional, que se funda na existência de um único sistema jurídico, formado a partir de deduções. A pluralidade sistêmica, constatada por Viehweg, pode ser contornada, caso sejam construídas interpretações coerentes e aceitáveis, que possibilitem uma certa uniformização dos conteúdos dos

⁹ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 40.

¹⁰ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 42.

¹¹ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 80-81.

conceitos jurídicos. O caminho para a realização deste tipo de empreitada passa necessariamente pela análise das características do problema.

Cabe acrescentar que a tópica aflora não apenas no processo interpretativo, mas sobretudo na dinâmica da aplicação do direito. Nela surgirão diferentes situações, em que uma visão sistêmica rigorosa apresentará fortes limitações, sobretudo quando verificada a inexistência de uma perfeita adequação entre os conteúdos conceituais disponíveis e as peculiaridades do caso. Em tais circunstâncias, ter-se-á justamente a base tópica, para ampliação do acervo conceitual do sistema jurídico. Viehweg faz referência inclusive à existência de um “sistema tópico”, formado a partir dessa constante reformulação e ampliação de conteúdos normativos:

(...) El sistema tópico está manifestamente en permanente movimiento y su formulación respectiva indica tan sólo una etapa de la argumentación en el manejo de la problemática correspondiente. Puede, pues, adecuadamente ser designado como un sistema abierto, ya que mantiene abierto a otros puntos de vista su análisis, es decir, su manejo del problema. Si determinadas respuestas al problema son sustraídas a ulterior análisis y se las conserva consecuentemente, surge entonces, como ya se indicó, de un sistema cetético un sistema dogmático con efecto directivo.¹²

Diretamente ligado à esfera da aplicação do direito, está outro campo de atuação da tópica, qual seja, o do enquadramento jurídico dos fatos. Para que possa ser adequado ao arcabouço conceitual existente no sistema jurídico, é necessário que o fato social seja decodificado, para uma classificação juridicamente compreensível. Na análise das provas durante um processo, o juiz busca a adequação de um conjunto de elementos fáticos, apurados de forma até certo ponto fragmentária, por meio da inquirição de testemunhas e da análise de prova documental e pericial; a um catálogo conceitual existente no sistema. Mais do que um mero enquadramento jurídico, a compreensão dos fatos também permite que sejam incorporados ao sistema novos conteúdos normativos. Dessa forma, o sistema jurídico fornece as bases para as decisões judiciais, mas também tem o seu conteúdo alterado ou ampliado, a partir do processo de aplicação do direito, que é tópico por excelência.

Assim, torna-se claro que a adoção de um pensamento tópico, em nada afeta a natureza sistemática do pensamento jurídico atual, mas apenas rompe com um certo formalismo, que caracteriza o modelo de pensamento jurídico positivista, desenvolvido a partir do século XIX, o qual já demonstrou claramente a sua insuficiência. Assim, a tópica pode hoje ser considerada uma real alternativa metodológica para a Ciência do Direito.

¹² Theodor VIEHWEG, “Problemas Sistemáticos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica”, in *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, p. 85.

III - O Raciocínio Tópico como Opção para a Ciência do Direito

Segundo Theodor Viehweg¹³ há duas formas de organização de um conhecimento científico: ou se transforma um estilo de pensamento em um sistema lógico, através de um método dedutivo, formando um conjunto unitário de definições e fundamentos ou então se conserva o estilo de pensamento inicialmente existente, tornando-o apenas objeto de estudo científico, permanecendo intocadas as suas características originais. A aplicação dessas duas alternativas no campo do direito, é por ele descrita da seguinte forma:

Aplicadas às disciplinas jurídicas, estas possibilidades significam, no primeiro caso, que se pretende tornar científica a *techne* jurídica e, no segundo, fazê-la, naquilo que ela é, objeto de uma ciência. Em ambos os casos, por mais que sejam diferentes, pode-se falar plenamente de uma *Ciência do Direito*.¹⁴

Conforme mencionado no capítulo II, a empresa de racionalização do estudo do direito, surgida a partir da Era Moderna, adotou a primeira postura mencionada por Viehweg, buscando substituir o estilo tópico - até então dominante - por uma ordem lógica conceitual, estruturada a partir de deduções. Daí surge a noção daquilo que Viehweg¹⁵ denomina de “catálogo jurídico de *topoi*”, que é representado justamente pela montagem de um sistema formal, a partir da articulação de conceitos e proposições topicamente construídos.

Uma séria limitação observada pela adoção no campo do direito, de um método puramente dedutivo de análise, se relaciona com a submissão total que deverá existir, às premissas estabelecidas no catálogo conceitual. No direito, o que se verifica na prática é uma freqüente adoção de raciocínios tópicos (ver item anterior), até mesmo porque a origem dos sistemas jurídicos é tópica; daí decorrendo a insuficiência de uma metodologia de análise puramente dedutiva.

Em verdade, não se pode prescindir de uma análise sistemática do direito nos dias atuais, mas deve-se ter uma visão de que o “catálogo de *topoi*” existente em determinado sistema está em constante mutação e ampliação, pois tal sistema nunca se desvinculou efetivamente de sua origem problemática, sendo tal afirmação comprovada pela forma como se desenrola o processo de interpretação e aplicação do direito. Esse entendimento é compartilhado por Tércio Sampaio Ferraz, como se observa em seguida:

(...)os catálogos tópicos são elásticos e, propriamente falando, a única instância de controle dos pontos de vista aceitáveis, isto é, dos topoi catalogados, é a discussão mesma; no debate, o que fica justificado por aceitação, é admitido como premissa. Por

¹³ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 75.

¹⁴ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 75.

¹⁵ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 76.

isso, para elaborar uma tópica de segundo grau o critério de referência não pode ser abstrato, mas localizado e situacional.¹⁶

Não há como se conceber, que o conteúdo conceitual de determinado ordenamento jurídico somente possa sofrer mudanças a partir de processo legislativo, sobretudo nos dias atuais, quando as alterações na sociedade se dão de forma acelerada, criando um sem número de situações, para as quais o tesouro legislativo existente não oferece solução. Assim, os processos de interpretação e de integração normativa, mais do que simples mecanismos de técnica jurídica, constituem verdadeiras fontes de alimentação normativa do sistema.

Ademais, para Viehweg¹⁷ é da essência da atividade jurídica, a revisão e ampliação de conteúdos conceituais, que se dá pela via da tópica, o que por si só já inviabilizaria a adoção de um raciocínio estritamente dedutivo na Ciência do Direito, uma vez que a dedução pressupõe a rigidez absoluta das premissas.

Desse modo, apesar da advertência de Tércio Ferraz¹⁸, de que a tópica representa “um *estilo* de pensar e não, propriamente, um *método*”, por não constituir “um procedimento verificável rigorosamente”; não se pode negligenciar o fato de que o modo de pensar tópico representa uma importante contribuição para a Ciência do Direito, pois é capaz de quebrar o rigor dedutivo dos sistemas formais, desenvolvidos pelas abordagens positivistas. Esta opinião é compartilhada por Eduardo García de Enterría, dentro de uma perspectiva institucionalista, que, segundo ele, estabeleceria uma ponte entre o direito natural, considerado de forma abstrata e os valores que se manifestam no momento da aplicação do direito, como se observa no trecho ora transcrito:

Inmediatamente toda la obra de interpretación y aplicación del Derecho, así como la construcción científica del mismo, no puede realizarse sino contando con este tipo de principios [institucionais](...) No es posible edificar con las instituciones una arquitectura sistemática definitiva y cerrada, como la que el positivismo pretendió construir con el conjunto de las normas. La apertura esencial de la institución hacia la vida, por su conexión rigurosa con la experiencia de un círculo determinado de problemas; la presencia en su seno de valores superiores, cuya realización plena no es nunca alcanzable; la articulación siempre móvil entre las distintas instituciones, según el grado de su distinto desarrollo o los cambios parciales introducidos en el sistema, que se prolongan a todo el conjunto; la significación distinta que de un mismo y único problema puede resultar de una pluralidad de proyecciones desde otros centros institucionales; la posibilidad de “invención” de nuevos

¹⁶ Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 329.

¹⁷ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 88.

¹⁸ Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 327.

principios por una casuística cada vez más apuradamente analizada, o por obra de la doctrina, hacen del pensamiento institucional algo necesariamente vivo y dinámico, en cuyo incessante fluir encuentra justamente su expresión la auténtica vida del Derecho. (...) ¹⁹

IV - Tópica e Justiça

Cumprir ainda destacar outra virtude fundamental do raciocínio problemático no campo do direito, ligada justamente à aporia fundamental de qualquer tipo de investigação jurídica, que se traduz pela busca do justo. O elemento teleológico da jurisprudência não se limita à pacificação social, mas almeja à sua realização, orientada por critérios de justiça. Qualquer tipo de composição de interesses somente se justifica, se voltada para a realização da justiça.

O apego exagerado a uma visão sistemática do direito finda por colocar em segundo plano aquilo que representa a própria razão da existência do sistema jurídico. Assim, ao aproximar os conceitos jurídicos de seus fundamentos fáticos, a tópica é capaz de contribuir para o resgate da discussão sobre justiça, a partir do caso concreto.

Ao contrário do que se poderia supor, o raciocínio tópico não conduz a um relativismo absoluto ou a uma visão apenas circunstancial do direito, uma vez que ele se reporta constantemente à aporia fundamental da justiça, que funciona como elemento unificador da disciplina jurídica, conforme destaca Viehweg:

O mais notável deste ensaio é que a ordem (sistema em sentido amplo) a que se aspira já não é procurada no direito positivo. Encontra-se, para o direito positivo, um “contraposto” que se apresenta como uma tessitura de questões. É um conjunto de problemas conectado através da questão da justiça como questão fundamental. Em consequência, toda regulamentação jurídica aparece como uma tentativa de responder a esta pergunta, levando em conta as condições históricas. (...) ²⁰

O direito positivo passa, então, a ser um ponto de partida, para uma aplicação tópica do direito, estando o conteúdo dos conceitos jurídicos condicionado pelas peculiaridades do caso concreto e pela construção da idéia de justiça, em determinado contexto.

Diversos conceitos de uso freqüente em direito, trazem em seu bojo um inegável conteúdo axiológico. Quando se define “ato ilícito”, “boa-fé”,

¹⁹ Eduardo García de ENTERRÍA, Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo, in *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 68-69.

²⁰ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 90.

“declaração de vontade” estão nitidamente sendo emitidos juízos de valor a respeito de atitudes sociais e mais, os próprios conceitos citados resultam de uma abordagem de determinadas situações, à luz do conceito de justiça, que passa assim a ser reconhecido como parte integrante do sistema.

A legitimidade de uma declaração de vontade não pode ser submetida a um juízo puramente formal, pois, sob este prisma, um determinado ato jurídico precisaria apenas preencher certos requisitos legalmente estabelecidos, para que viesse a gerar efeitos no mundo jurídico. Ocorre, porém, que hoje qualquer análise a respeito da validade das declarações de vontade leva em consideração a eventual existência de vícios, tais como “erro”, “dolo” e “coação”. Estes têm um conteúdo tópico bastante claro, pois ainda que formalmente adequado, um ato jurídico poderá padecer de nulidade, a partir da constatação de vícios de vontade, que somente serão apuráveis a partir de uma abordagem problemática, casuística; inspirada sempre pela necessidade de realização de justiça (seria justo obrigar alguém a honrar um contrato, por exemplo, no qual sua vontade expressa não correspondesse à realidade?)

Nessa mesma trilha, Eduardo García de Enterría vê na tópica o canal para a abertura do direito a uma nova concepção de direito natural, que se manifesta a partir da aplicação do direito e não de um conteúdo axiológico de fundo abstrato:

*No es de nuestra incumbência intentar precisar la ardua questio del Derecho natural, pero si notar que aunque el mismo se asiente, efecto, en el primum verum del hombre, que es Dios, su efectividad en el Derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta, sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas técnicos. Así, por ejemplo, la norma del Derecho natural que limita la materia de los pactos a objetos morales no irrumpe en el Derecho positivo como un precepto superior y absoluto que hace cesar o suspender las normas propias de éste, sino que, por el contrario, alcanza toda su efectividad y todo su sentido en tanto en cuanto se inserta en las estructuras técnicas positivas, lo que en el caso da lugar a un mecanismo técnico tan complejo y matizado como es nada menos que la teoría de la causa, teoría sólo configurable y precisable a la luz y en función del problema, esto es, tópicamente.*²¹

Em realidade, a doutrina jurídica incorpora novos conteúdos a seu acervo conceitual, na mesma proporção em que o conjunto de problemas se torna mais complexo ou variado. Quem poderia prever há trinta ou quarenta anos, que a questão ambiental viria a ser um dos mais importantes debates jurídicos da virada do milênio? Tal situação somente se consolidou porque o avanço industrial e populacional criou uma situação de exaurimento dos recursos naturais, que

²¹ Eduardo García de ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 60-61.

conduziu à necessidade de adoção de medidas jurídicas para a sua preservação.

Talvez a constante referência à aporia fundamental represente um importante mecanismo de compatibilização entre o raciocínio problemático e a preservação de uma estrutura de pensamento sistemática. É certo que o sistema aqui não mais poderá ser visto como puramente dedutivo, pois os seus conteúdos sofrerão uma constante influência de aspectos da realidade. Viehweg destaca, contudo, que o manobrar das premissas do sistema jurídico não é tarefa simples, pois pressupõe o pleno conhecimento dos axiomas estabelecidos, para que se possa a eles agregar outros, como se verifica a seguir:

Todo este procedimento [tópico] constitui para uma mentalidade lógica uma questão incômoda, pois supõe uma perturbação da dedução, ante a qual não se pode estar seguro em nenhum momento. Por isto, dificilmente será ouvido em nossa disciplina quem não dispuser de um conhecimento jurídico suficiente de premissas, isto é, quem não tiver aprendido onde podem e devem inserir-se novas premissas à vista do problema fundamental, nos quadros de um determinado modo de entender o direito, sentindo-se, ao contrário, autorizado ou, se possível, obrigado a continuar imperturbavelmente a dedução iniciada.(...)²²

Naturalmente, um ordenamento jurídico não subsiste, sem que existam determinados princípios. Todavia, tais princípios deverão ser dotados de uma tal flexibilidade, que permita a sua adequação à aporia fundamental, a partir da análise das características específicas do problema. Além disso, como os sistemas jurídicos não podem ser considerados apenas dedutivos, o catálogo de princípios neles existente também não é completo, recebendo novos aportes, a partir da tópica.

A vinculação ao problema, proposta por Viehweg²³, representa inegavelmente um fator de ruptura sistemática. Entretanto, a referência à aporia da justiça constitui uma importante pista, para a preservação de alguma unidade no ordenamento jurídico, mesmo quando se lance mão de um raciocínio tópico no direito.

V - Conclusão

Apesar da aparente contradição observada, entre uma visão sistemática do direito e uma abordagem fundada em problemas, pode-se concluir que há espaço disponível para a sua harmonização, desde que se proceda a uma reformulação da idéia tradicional de sistema, que na modernidade ficou praticamente restrita a uma fórmula lógico-dedutiva, introduzindo uma noção menos rígida e formal. Na concepção de Viehweg, o sistema jurídico pode ser encarado como algo em constante mutação e ampliação, a partir de um reconhecimento do papel do processo de aplicação do direito na construção da dogmática jurídica.

²² Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 95.

²³ Theodor VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, p. 98.

Talvez o raciocínio tópico tenha sido até recentemente considerado pouco adequado para abordagens científicas, em virtude de seu caráter até certo ponto fragmentário. Todavia, essa possível limitação pode ser superada, no campo do direito, quando se tem em vista a questão da aporia fundamental da justiça. Através dela, é possível harmonizar uma visão sistemática da ordem jurídica - que é indispensável, dentro da ótica da imperatividade do direito - com certos conteúdos valorativos. Dessa forma, não há risco de que a absorção do pensamento tópico pela Ciência do Direito redunde em uma absoluta ruptura sistemática, devendo-se apenas considerar a importância dos valores no momento da aplicação do direito, de modo a permitir que os conceitos jurídicos tenham os seus precisos contornos determinados, com base nas características específicas do caso concreto.

Assim, a construção de um novo paradigma metodológico para a Ciência do Direito passa pela superação de um apego exacerbado a uma estrutura abstrata de normas, que caracteriza as doutrinas positivistas do direito e pelo consequente reconhecimento da possibilidade da construção argumentativa de conteúdos normativos, a partir da ação tópica dos tribunais, no momento da aplicação do direito.

A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO À VIDA DIGNA

*Thamy Pogrebinski**

Introdução

A nova ordem constitucional brasileira encontra-se transformada por uma abertura normativa que levou ao redimensionamento de seu conteúdo material e, concomitantemente, por uma valorização de seu caráter principiológico, ocasionada pela inserção, no texto constitucional, de numerosos princípios de caráter obrigatório e vinculante.

Um desses princípios, fundantes da estrutura constitucional brasileira, é o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no texto maior no artigo 1º, III. Este princípio reveste-se de extrema importância ao constituir-se como um vetor pelo qual devem orientar-se as demais normas constitucionais e o ordenamento jurídico como um todo.

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce sua influência sobretudo nos chamados direitos fundamentais, os quais, por sua vez, se não incidem diretamente sobre a pessoa humana em seu aspecto físico, incidem no desdobramento de sua personalidade.

A pessoa humana, desta forma, passa a ser o centro do ordenamento jurídico, tornando-se necessária uma reavaliação do sistema jurídico e uma reflexão sobre o papel do Direito frente a esta nova situação. Estará ele pronto para tutelar este novo bem, ou valor, que é a personalidade humana? Disporá já o nosso sistema legal dos meios necessários para exercer esta tutela? São estes os

* Bolsista do Programa Especial de Treinamento em Direito (PET-JUR-PUC-Rio), financiado pela CAPES, desde outubro de 1996.

questionamentos que intentamos responder.

Este trabalho tem, pois, como objetivo o estudo do direito à vida, indubitavelmente o mais primário dos direitos da pessoa humana; afinal, é dele que decorrem os demais direitos fundamentais. Para tanto, iniciaremos o seu desenvolvimento temático situando os direitos da personalidade na Constituição de 1988, para então analisarmos propriamente o princípio da dignidade da pessoa humana, aceitando-os – a pessoa humana e sua dignidade – como um valor. Posteriormente, após caracterizarmos a abertura normativa do nosso texto constitucional, procedemos ao estudo do direito à vida em seu tradicional aspecto formal para, finalmente, concentrarmos-nos na idéia de um direito à vida digna, construção constitucional resultante da conjugação do direito à vida com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista o debate do direito à vida no plano penal, aproveitaremos para refletir quanto à tutela penal da vida digna, ou melhor, questionarmos-nos se o direito punitivo tal como o conhecemos encontra-se adequado para a tutela deste novo direito.

1. Os Direitos da Personalidade na Constituição de 1988

O estudo dos direitos da personalidade deve, necessariamente, ser realizado sob a ótica constitucional. E isto se deve a vários fatores.

Em primeiro lugar, temos a Constituição de 1988, que marca o início de uma nova ordem democrática, na qual dispomos, e somos zelados, por uma extensa Carta de Direitos que vêm a consagrar os direitos da personalidade e estender sua abrangência para além do Código Civil e das leis especiais.

Além disso, a nova Constituição expressa em seu artigo 1º, III, aquele que, como iremos explicar adiante¹, consiste no vetor dos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta “idéia-princípio”, ou “princípio de valor”, no dizer de José Carlos Vieira de Andrade, constitui-se em um dos fundamentos do Estado brasileiro e traduz uma realidade que não pode ser perdida de vista ao estudar-se a pessoa humana e os direitos decorrentes de sua personalidade².

Ademais, não podemos ignorar que a Constituição de 1988 se enquadra, materialmente, na concepção pós-moderna de Constituição, fundando o que se convencionou chamar de constitucionalismo comunitário ou societário, traduzindo-se no fenômeno da abertura constitucional derivada da aceitação do princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro do catálogo de direitos fundamentais, no qual, evidentemente, estão inseridos os direitos da

¹ Ver item 2.1, *infra*

² Cf. José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 1983, pp. 92 e 97.

personalidade³.

Estes motivos parecem suficientes ao reconhecimento de que, como salienta Maria Celina Bodin de Moraes, “(...) o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado (...) para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”⁴. Portanto, é forçoso reconhecer que os direitos da personalidade devem – e requerem – ser estudados sob a luz da normativa constitucional⁵.

1.1 Direitos da Personalidade e Direitos Fundamentais

Considera-se, comumente, que os direitos da personalidade, globalmente considerados, enquadram-se na categoria dos direitos fundamentais. É por isso que os direitos da personalidade devem também ser examinados a partir de uma teoria dos direitos fundamentais⁶.

Adotamos aqui, com efeito, uma dimensão constitucional positiva dos direitos fundamentais, para entendê-los como “direitos ou liberdades reconhecidos em geral aos homens por razões de ‘humanidade’”⁷. O luso constitucionalista Vieira de Andrade confirma esta ambição dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais, ao afirmar que estes asseguram ainda a proteção formal de *novos aspectos da personalidade dos cidadãos*⁸.

Tudo isto vem a confirmar o caráter *fundamental* dos direitos da personalidade, que estão presentes, taxativamente, no artigo 5º da Constituição de 1988 sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Ressalvamos, no entanto, que mesmo os direitos que podem ser caracterizados como decorrentes

³ Neste sentido, Carlos Roberto de Siqueira Castro. *A Constituição Aberta*. Tese apresentada em concurso de titularidade na UERJ em 1995. pp. 16, 21 e 22. Cabe destacar que não nos referimos ao constitucionalismo comunitário em sua dimensão filosófico-política, a qual envolve um debate muito mais amplo. Utilizamos a expressão aqui apenas para denominar a abertura constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, trazendo a lume a idéia de Constituição Aberta. Quanto ao constitucionalismo “comunitário”, seus reflexos no constitucionalismo brasileiro e na Constituição de 1988, v. Gisele Cittadino. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

⁴ Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”, publicado na *Revista Direito, Estado e Sociedade*, do Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 1, dezembro de 1991, pp. 62 e na *Revista de Direito Civil*, vol 65, p. 21 e ss.

⁵ Sobre as transformações ocorridas no âmbito do direito privado e sua suposta ‘publicização’, veja-se. Michele Giorgianni. “O Direito Privado e suas Fronteiras Atuais”, traduzido por Maria Cristina De Cicco, *Revista dos Tribunais* vol. 725. Sobre a “constitucionalização do Direito Civil” veja-se também o artigo de Maria Celina Bodin de Moraes intitulado “O Direito Civil Constitucional”, publicado na coletânea *1988-1998 – Uma Década de Constituição*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999 e o livro de Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999, *passim*.

⁶ Sobre a influência dos direitos fundamentais no Direito Privado ver: Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1995.

⁷ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.* p. 26.

⁸ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.* p. 31.

da personalidade humana e não se encontram expressos na previsão do referido artigo, mantém sua *fundamentalidade*, uma vez que são absorvidos pelo parágrafo 2º do artigo 5º, a chamada *cláusula aberta* da Constituição, como veremos adiante⁹.

Não poderiam, afinal, despojar-se da qualidade de fundamentais todos os direitos que dizem respeito aos aspectos inerentes da pessoa humana, centro de referência da ordem constitucional, como já se procurou demonstrar.

Os direitos fundamentais constituem-se hoje em “princípios supremos do ordenamento jurídico”, vindo a transformar a estrutura das Constituições e a posição e a função da justiça constitucional¹⁰. Este fenômeno, de escala mundial, poderia vir a ratificar a idéia de que os direitos de 4ª geração seriam aqueles relativos à pessoa humana, e aqui, como decorrência lógica, incluiriam-se os direitos da personalidade.

1.2 Personalidade e Valor

Há um “direito geral da personalidade” ou existe uma pluralidade de direitos da personalidade? À esta questão responderemos filiando-nos à doutrina do jurista italiano Pietro Perlingieri¹¹.

Para este autor a personalidade não é um direito, mas sim um valor - o valor fundamental do ordenamento - e, como tal, não pode ser fracionado, devendo ser analisado como um problema unitário, pois que a unidade do valor da pessoa “não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões”¹².

Ao adotarmos esta idéia estamos colocando à margem a discussão teórica apresentada inicialmente. Não se trata aqui de discutir a existência de um único direito ou de vários direitos da personalidade, mas sim de afirmar a unidade do valor da personalidade, da pessoa humana e exigir sua tutela tendo em vista que se constitui como o centro do ordenamento jurídico.

1.3 Situações existenciais x Situações Patrimoniais

Ainda na esteira de Perlingieri, constatamos que a maioria doutrinária afirma a previsão típica dos direitos da personalidade, vale dizer, eles existiriam

⁹ Ver item 2.2, *infra*.

¹⁰ Neste sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 95.

¹¹ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 153 e ss.

¹² Cf. Pietro Perlingieri, *op. cit.*, p.155.

dentro daquelas hipótese previstas pelo Código Civil, pelas leis especiais ou ainda, pela Constituição¹³. Afora estas previsões não existiriam outras possibilidades. Esta concepção limita a abrangência dos direitos da personalidade à uma perspectiva puramente patrimonial, exaurindo-se no ressarcimento de danos.

Tal noção deve ser refutada. O que dizer, por exemplo, sobre um típico direito da personalidade como o direito à vida frente aos avanços da biotecnologia, tais como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro* ou o congelamento de óvulos e espermas? E, o que dizer sobre os avanços que ainda estão por vir, que fogem à nossa imaginação e prospectiva?

O que ressalta é que os direitos da personalidade configuram direitos existenciais, isto é, não patrimoniais, embora possam ser tutelados também sob esta perspectiva.

Os direitos existenciais originam-se de interesses da pessoa humana que não podem ser protegidos patrimonialmente e que não são passíveis de uma enumeração taxativa, uma vez que estão - e, em sua essência, são - abertos a novas situações fáticas.

Torna-se necessário, portanto, que a tutela dos direitos da personalidade seja estendida de modo a abranger situações atípicas, isto é, não previstas pelo ordenamento jurídico. Desta forma, mais adiante, vamos postular a existência, em nossa Constituição, de uma “cláusula geral dos direitos da personalidade”, que é capaz de absorver - e tutelar - situações existenciais ainda não previstas pelo desenvolvimento do processo técnico-científico, e mesmo evolutivo, da humanidade.

Perlingieri sustenta ainda que aos direitos da personalidade não podemos aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter” (situações patrimoniais), mas devemos aplicar a categoria do “ser” (situações existenciais), não existindo nesta última “a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser”¹⁴. Isto se deve ao fato que a pessoa, aqui, é ao mesmo tempo sujeito (titular do direito) e objeto (prestação) da relação jurídica.

Ainda em reforço ao aspecto não patrimonial dos direitos da personalidade temos o magistério de Catherine Labrousse-Riou, embora sob uma perspectiva diversa daquela apresentada por Perlingieri. A ilustre professora francesa afirma: “Persistimos em apresentar como inalienáveis e extrapatrimoniais os direitos da personalidade, o que, na realidade, significa somente que o indivíduo não pode ele próprio ceder seu direito”¹⁵. Sustenta a

¹³ Entre nós, Carlos Alberto Bitar. *Os Direitos da Personalidade*. Forense, Rio de Janeiro, 1992.

¹⁴ Cf. Pietro Perlingieri, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵ No original “... on persiste à présenter comme inaccessibles et extrapatrimoniaux les droits de la personnalité, ce qui, en réalité, signifie seulement que l'individu ne peut céder son droit lui-même ...” Cf.

professora a idéia de que os direitos da personalidade não podem – em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual estão vinculados – exaurir-se em um aspecto apenas patrimonial. Reconhece ainda que o Direito Francês “não esperou a constitucionalização destes direitos para afirmar, regulamentar, fixar as normas ou o regime jurídico de cada uma das prerrogativas necessariamente ligadas à pessoa”¹⁶.

2. Uma Leitura a partir do Princípio da Dignidade Humana

Objetivamos neste trabalho examinar os direitos da personalidade sob o ângulo do princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

E o que isto significa? Significa que buscamos neste estudo uma visão menos formalista e mais valorativa do significado, do conteúdo e da extensão dos direitos da personalidade. Significa um olhar talvez crítico em relação à doutrina tradicional – já consolidada – dos direitos da personalidade. Significa, ainda, talvez um rompimento com a limitação acadêmica dada ao tema em questão, buscando, de fato, reestudá-lo sob uma nova perspectiva, qual seja, aquela da dignidade da pessoa humana, tomando-se esta última como o valor central do ordenamento jurídico.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana: Apenas um Princípio?

“Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹⁷. A partir daqui já temos o embrião da idéia que queremos desenvolver. A dignidade da pessoa humana é um *valor*, que orienta as demais regras e princípios adotados pelo ordenamento jurídico. Reforça o conceito de José Afonso da Silva, aquele de Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho, os quais afirmam:

“Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em

Catherine Labrousse-Riou, “*Droit de la personnalité et de la famille*”, in *Libertés et droits fondamentaux*, coordenado por Mireille Delmas-Marty e Claude Lucas de Leyssac, Editions du Seuil, Paris, 1996, p. 284.

¹⁶ No original “n’a pas attendu la constitutionnalisation de ces droits pour affirmer, réglementer, fixer les bornes ou le régime juridique de chacune des prérogatives indéfectiblement attachées à la personne” Cf. Catherine Labrousse-Riou, op. cit., p. 269.

¹⁷ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a.edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 106.

conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não a uma qualquer idéia apriorística do homem”¹⁸.

Canotilho vai ainda mais longe e – em trabalho individual – relaciona a dignidade da pessoa humana à uma necessária base antropológica da Constituição Portuguesa¹⁹.

Afirmamos aqui então, a dimensão valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana, que deixa de ser um mero princípio para ser um “princípio de valor”²⁰. Princípio porque funciona como vetor, guia da materialização dos direitos da personalidade e dos demais direitos fundamentais; e valor que se consolida no conteúdo axiológico central do ordenamento jurídico como um todo ²¹.

O professor argentino Roberto Andorno realiza um belíssimo ensaio sob o título “ser pessoa quer dizer ser digno”²². E é isso justamente o que postulamos aqui: a necessária relação entre o ser pessoa e o ser uma pessoa digna. A Constituição de 1988 precisa ser lida tendo-se em mente a dignidade humana, valor que incidirá sobre todos os direitos e garantias individuais e coletivos, passando estes a ter novo conteúdo, nova extensão.

A título explicativo, tomemos o direito à vida.

O direito à vida encontra-se garantido no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. Dai podermos dizer que temos, faticamente, o direito de mantermo-nos vivos, de viver inobstante a condição física, social, cultural ou econômica que dispomos. Indago: Passar a vida confinado em uma cama de hospital, respirando e alimentando-se através de aparelhos, é viver? Viver, como vivem milhares de brasileiros estatisticamente considerados abaixo da chamada linha da pobreza, vale dizer, na miséria absoluta, trabalhando escravamente para garantir sua água e farinha de cada dia, é ser digno? Viver em uma cela de prisão junto a mais pessoas do que a área física pode suportar, revezando-se a fim de ter espaço para deitar-se para dormir é viver dignamente?

¹⁸ Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º volume, Almedina, Coimbra, 1984, p. 70.

¹⁹ Cf. *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 362 e 363.

²⁰ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 97.

²¹ Quanto à distinção conceitual entre normas, regras, princípios e valores, veja-se Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993. Caps. 2 e 3. e, ainda, Luis Pietro Sanchis. *Sobre principios y normas, problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Também vale ver Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho*. Ariel, Madrid, 1996.

²² No original “être personne veut dire être digne”. Cf. Roberto Andorno, *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris, PUF, 1997, p. 33.

Considero que todas as respostas são negativas. Portanto, pergunto, de que vale o direito à vida quando não podemos ter uma vida digna? E é aqui que entra a leitura dos direitos da personalidade sob à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Conjugando-se o artigo 5º *caput* com o artigo 1º, III da Constituição de 1988, temos o direito à vida em sua dimensão substancial, valorativa: o direito à vida digna.

2.2 Conceito e Extensão da Dignidade Humana

Não nos parece ser das mais fáceis a tarefa de conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque o próprio conceito de dignidade humana parece ser definido de forma diversa conforme a perspectiva e o âmbito no qual se lhe deseja traçar. Assim é que se tornou passível de diferentes conceituações no campo religioso, filosófico, jurídico e até mesmo, mais recentemente, no campo biomédico²³. Nosso intuito aqui se resume, no entanto, a demonstrar sua abertura conceitual e a necessária correlação desta com a extensão que vem lhe sendo dada pela jurisprudência.

Roberto Andorno afirma que o homem é um ser que possui uma dignidade. Mas, esta dignidade pode ter dois sentidos diferentes:

“A dignidade *ontológica*, que é uma qualidade inseparavelmente ligada ao ser mesmo do homem; ela é a mesma para todos; É o valor que reconhecemos ao homem pelo simples fato de existir. Neste sentido, todo homem, mesmo o pior dos criminosos, é digno. A dignidade *ética*, que se refere não ao ser da pessoa mas a seu agir. Neste sentido, o homem se tem ele mesmo por digno enquanto seu agir está de acordo com aquilo que ele é, ou melhor, com aquilo que ele deve ser”²⁴.

Quando mencionamos dignidade da pessoa, a estamos enquadrando neste primeiro sentido, isto é, como sinônimo do valor que reconhecemos ao homem pelo simples fato de *ser homem*. “Todos os homens são igualmente

²³ Para uma abordagem histórico-filosófica do conceito de dignidade da pessoa humana, veja Jean-Marie Brevart. “Le concept philosophique de dignité humaine”. Le Supplément n°191, dez.1994. Sobre suas implicações na área biomédica, veja-se os demais artigos dessa mesma edição do periódico, sob o tema *Dignité humaine des souffrants*.

²⁴ No original: “La dignité *ontologique*, qui est une qualité inséparablement liée à l'être même de l'homme; elle est la même pour tous; C'est la valeur qu'on reconnaît à l'homme du seul fait d'exister. En ce sens, tout homme, même le pire des criminels, est *digne*. La dignité *éthique*, qui fait référence, non pas à l'être de la personne mais à son *agir*. En ce sens, l'homme se rend lui-même digne lorsque son agir est en accord avec ce qu'il est, ou mieux, avec ce qu'il doit être”. Cf. Roberto Andorno, op. cit. p. 37.

dignos, pela razão de sua natureza comum. Ser *digno* equivale, por consequência, a ser pessoa”²⁵.

O Tribunal Constitucional alemão, interpretando o artigo 1º da Constituição daquele País, o qual consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, tentou mensurar o conteúdo da dignidade humana nos seguintes termos:

- a proteção da igualdade jurídica do homem, o que proíbe a escravidão, a servidão e a discriminação racial;
- a proteção da identidade e da integridade físicas, o que proíbe a tortura e a punição corporal;
- o respeito da identidade e da integridade mentais, o que proíbe a utilização de detectores de mentira e assemelhados²⁶;

Uma controvérsia judicial interessante a ser relevada é um julgado do Conselho de Estado francês, de 27 de outubro de 1995. Trata-se de duas cidades francesas nas quais o poder de polícia foi utilizado para interditar espetáculos conhecidos como “*lancer de nain*” (arremesso de anão), nos quais os espectadores eram convidados a lançar um anão vestido com roupas de proteção, o mais longe possível sobre um tapete de proteção²⁷.

Esta atividade foi proibida apesar da defesa feita pelo próprio anão, que alegava necessitar desta atividade para sua sobrevivência financeira, por consistir em um “atentado intolerável à dignidade humana”²⁸. Portanto, o que temos aqui é um precedente judicial no qual a dignidade da pessoa humana se sobrepõe a outros direitos correlatos à pessoa, tal qual a própria autodeterminação - ou liberdade de escolha, ou mesmo direito ao trabalho - do anão, sujeito destes direitos.

Marie-Luce Pavia também correlaciona a dignidade da pessoa humana aos direitos da personalidade:

“O princípio da dignidade engendraria, portanto, os direitos conectos àquilo que constitui a qualidade do humano no homem. Ele seria assim

²⁵ No original: “Tous les hommes son également dignes, en raison de leur nature commune. Être *digne* equivaut par conséquent à être *personne*”. Cf. Roberto Andorno, op. cit., p. 40.

²⁶ Marie-Luce Pavia. “Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel”. In *Droits et libertés fondamentaux*, organizado por Rémy Cabrillac et alli. Paris, Dalloz, 1997, p. 102.

²⁷ Essa decisão da justiça administrativa francesa conhecida como “*Morsang-sur-Orge*” é sucintamente analisada por Joaquim B. Barbosa Gomes, no artigo “O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa”, in Revista TravelNet Jurídica, <http://www.travelnet.com.br/juridica/art23c96.htm>

²⁸ No original: “intolérable atteinte à la dignité humaine”. Apud Marie-Luce Pavia, a qual também comenta o caso na obra citada p. 108.

o direito ao respeito do ser humano desde o começo da vida e o direito ao respeito de sua vida e de seu corpo, do qual deduzimos a inviolabilidade, a integridade e a ausência de caráter patrimonial do corpo, de seus elementos e de seus produtos” 29.

Na verdade, somos levados a acreditar que, em face da extensão que o princípio da dignidade da pessoa humana vem adquirindo, em sua aplicação jurisprudencial, seu conceito não pode ser fixado senão a partir de algumas premissas e fundamentos básicos 30. Vale dizer, esse princípio parece ganhar forma e conteúdo no momento de sua aplicação na resolução de casos concretos, ou seja, através da atividade interpretativa-judicial. Não haveria portanto um conceito pré-determinado, fixo e fechado do significado da dignidade da pessoa humana 31. Seu conteúdo parece ser variável conforme sua aplicação, o que possibilita que atue ora como vetor, ora como limite aos demais direitos fundamentais 32.

2.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Vetor e como Limite dos Direitos da Personalidade

O caso do lançamento de anões, exposto anteriormente, é bastante útil para compreendermos como o princípio da dignidade da pessoa humana pode, além de ampliar a dimensão valorativa dos direitos da personalidade, limitá-la, sobrepondo-se os direitos uns aos outros ou mesmo, como pergunta Marie-Luce Pavia, “Podemos afirmar que o princípio da dignidade prevalece sobre outros

²⁹ No original: “Le principe de dignité engendrerait donc les droits attachés à ce qui constitue la qualité de l’humain dans l’homme. Il en serait ainsi du droit au respect de l’être humain dès le commencement de la vie et du droit au respect de sa vie et de son corps, dont on déduit l’inviolabilité, l’intégrité et l’absence de caractère patrimonial du corps, de ses éléments et de ses produits”. Cf. Marie-Luce Pavia, *op. cit.*, p. 113.

³⁰ Em reforço dessa idéia de construção do conceito de dignidade da pessoa humana veja-se, Paul Wallez, “La dignité: un concept à construire” e Philippe Bonduelle, “Fonder la dignité?”, ambos publicados no periódico francês *Le Supplément* nº191, de dezembro de 1994.

³¹ Há um interessante artigo escrito por John Cavanaugh-O’Keefe intitulado “Human Dignity: A Fuzzy Concept?”, no qual se busca demonstrar através da análise de discursos proferidos por cidadãos e profissionais presentes aos encontros do National Bioethics Advisory Commission (EUA) que a palavra ‘dignidade’ não é utilizada e entendida uniformemente. O texto pode ser obtido via Internet em <http://www.all.org/clontx06>

³² A possibilidade de um princípio constitucional adquirir diferentes significados conforme sua aplicação nos julgamentos de casos concretos é explicada por Robert Alexy em seu livro *Teoria de los derechos fundamentales*, citado anteriormente. Os princípios, segundo este autor, consistem em “mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível mediante as possibilidades fáticas e jurídicas que se lhe apresentem”. Podem assim, ser cumpridos em diferentes graus sem que isso implique no plano de sua eficácia e aplicabilidade. *op. cit.* p. 86.

princípios que guiam a jurisprudência?”³³.

Tomemos como exemplo a liberdade de expressão. Ela é amplamente suscetível de ser restringida com base no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sua manifestação está quase sempre no limiar da violação da dignidade humana, que aqui apresentaria um grau de abstração enorme 34.

Outro alerta faz Catherine Labrousse-Riou:

A questão é saber se a concepção que nós damos a dignidade da pessoa humana é suscetível de justificar as formas atualmente lícitas ou nas quais a ilicitude é dificilmente contida, de comercialização da pessoa humana, que alguns chamam de escravidão ou de servidão voluntária”³⁵.

Portanto, temos que o princípio da dignidade da pessoa humana, se por um lado se constitui no centro referencial valorativo ou unificador dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), por outro, pode também converter-se em parâmetro ou mesmo limite da materialização e efetividade destes direitos, sobrepondo-se sobre eles quando a sua expressão esbarrar neste valor supostamente supremo que ele representa. O princípio da dignidade da pessoa humana está no vértice do ordenamento jurídico não apenas como vetor, mas também como limite 36.

³³ No original: “peut-on affirmer que le principe de dignité prime sur d’autres principes qui guident la jurisprudence?”. Cf. Marie-Luce Pavia, *op. cit.*, p. 111.

³⁴ Ver neste sentido Julgamento do Tribunal de Grande Instância de Paris em 1º de fevereiro de 1995, relativo a anúncio publicitário da Sociedade Benetton. Tratava-se de propaganda sob a forma de *outdoor*, na qual sobre a foto de um dorso humano nu lia-se “hiv positivo”. O TGI considerou que a demandada abusou de sua liberdade de expressão e que tal publicidade feria o princípio da dignidade humana.

³⁵ No original: “La question est de savoir si la conception que l’on entretient vis-à-vis de la dignité humaine est susceptible de justifier des formes, actuellement licites ou dont l’illicéité est difficilement contenue, de commercialisation de la personne humaine que certains rapprochent de l’esclavage ou de la servitude volontaire”. Catherine Labrousse-Riou, *op. cit.* p. 285.

³⁶ O Supremo Tribunal Federal por exemplo emitiu dois acórdãos nos quais o princípio da dignidade da pessoa humana é ventilado de modo a demonstrar esse nosso argumento. Ambos tratam de ação de investigação de paternidade. Em um deles, o HC nº 71373-4 –RS, julgado em 1994, a dignidade é utilizada como fundamento tanto dos votos vencidos como dos vencedores, por razões e em função de objetos diversos. De um lado alegava-se que a obrigatoriedade do suposto pai de submeter-se ao exame de DNA “ofende sua dignidade humana”, de outro, argumentava-se em favor do direito à “dignidade pessoal das filhas a fim de proteger seu direito de conhecer seu pai biológico. Já no acórdão do HC nº 76.060-4 – SC, julgado em 1998, a dignidade pessoal é novamente utilizada para reforçar o posicionamento daquele Tribunal no sentido da não-obrigatoriedade do exame. Em ambas as decisões, a intangibilidade física do paciente, sob a veste da proteção de sua ‘dignidade’, se sobrepôs ao direito das crianças de conhecerem sua real identidade biológica.

3. O Artigo 5º da Constituição de 1988 como Cláusula Geral dos Direitos da Personalidade

3.1 A Cláusula Geral no Direito Italiano.

O artigo 2º da Constituição Italiana de 1949 tem a seguinte redação: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.” A partir deste dispositivo o jurista Pietro Perlingieri desenvolveu a noção de cláusula geral de tutela da pessoa humana, a qual seria uma norma diretamente aplicável às relações intersubjetivas, que não se resume a elencar os direitos previstos pela Constituição, mas “permite estender a tutela a situações atípicas”³⁷.

Perlingieri faz esta construção doutrinária para refutar a idéia da tipicidade dos direitos da personalidade e assim combater as teorias que sustentam a existência de uma série fechada deste direitos. A existência desta cláusula geral permite que a Constituição absorva direitos e situações não previstos pelo ordenamento jurídico, e, podemos dizer, tampouco previstos pelo desenvolvimento técnico-científico, que se processa em uma velocidade não alcançável – ainda - pelo Direito.

3.2 A Cláusula Geral no Direito Brasileiro.

A Constituição de 1988 apresenta em seu artigo 5º uma das mais extensas e completas Carta de Direitos entre as Constituições contemporâneas.

A redação do *caput* do artigo 5º, bem conhecida por nós, é a seguinte:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

Podemos constatar neste texto a presença de cinco grandes categorias de direitos, dentre eles alguns direitos da personalidade, quais sejam: a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade ³⁸.

Afora os direitos que se encontram taxativamente descritos no corpo do artigo, podemos incluir alguns direitos da personalidade dentro destas cinco categorias identificadas. Para ilustrar esta idéia, tomemos como exemplo o direito

³⁷ Pietro Perlingieri. *op. cit.* p. 155.

³⁸ Esta é a classificação empregada, sobretudo, por José Afonso da Silva.

à morte (ou direito de morrer) o qual é forçoso reconhecemos como direito da personalidade, embora parte da doutrina a isto se recuse ³⁹.

A que recorreríamos para encontrar a garantia constitucional do direito à morte? Será suficiente volvermo-nos à idéia do direito à vida digna. O direito à morte seria pressuposto deste direito (ou da existência digna) ⁴⁰, que por sua vez decorre da garantia do direito à vida, já consubstanciado no *caput* do artigo 5º. É fácil compreender que, para se chegar ao ponto de não se desejar mais viver, é porque não reconhecemos em nossa vida – ou em nós mesmos – dignidade alguma⁴¹.

Neste sentido poderíamos enquadrar vários direitos, que são taxativos no artigo 5º, dentro da categoria do *direito à vida*, na medida em que a vida se apresenta como condição necessária para que estes direitos se manifestem. Seriam exemplos desta classificação, os direitos à intimidade, à privacidade, à integridade física, à honra, e à imagem, dentre outros.

E como proceder naqueles casos em que o direito à vida for condição necessária, mas não suficiente? Classificamos os direitos personalíssimos dentro da categoria do *direito à liberdade*, que por sua vez se apresentaria como condição suficiente. Vale dizer, para a realização de tais direitos não basta estar vivo (ou ter vivido), mas se faz necessário também o elemento liberdade. São exemplos, os direitos ao cadáver, às partes separadas do corpo, e as criações intelectuais⁴².

O parágrafo 2º do artigo 5º vem a confirmar a abertura normativa do nosso ordenamento constitucional para a absorção de direitos ou situações atípicas e não previsíveis pelo legislador. O parágrafo diz:

“Art. 5º

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Este dispositivo, conhecido como a cláusula *aberta* da Constituição de

³⁹ Sobre o direito de morrer e suas implicações éticas, veja-se *Éthique de la mort et droit à la mort*. Jean-Louis Baudouin e Danielle Blondeau, PUF, Paris, 1993.

⁴⁰ José Afonso da Silva reconhece um direito à existência (ou existência digna) decorrente do direito à vida. Ver neste sentido *op. cit.* p. 195

⁴¹ Fazemos aqui, no entanto, uma ressalva. Sustentamos o direito de morrer como um direito estritamente pessoal, decorrente da personalidade humana. Ele não se aplicaria para a defesa da pena de morte. Esta não se trataria evidentemente e em hipótese alguma, de um direito, mas sim – quando admitida e este não é o caso do Brasil – de uma pena aplicada pelo Estado.

⁴² Quanto à este último direito temos a aquiescência, neste mesmo sentido, de José Afonso da Silva, *op. cit.* p. 247

1988, permite, de fato, estender a tutela jurídica das situações existenciais para além das previsões positivas, tal qual no direito italiano ⁴³. Uma vez que a nossa Constituição garante a inviolabilidade dos direitos do homem e estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, não resta dúvidas que qualquer nova situação existencial que demande a criação ou reconhecimento de um novo direito, seria atendida pelo artigo 5º, a nossa cláusula geral dos direitos da personalidade.

Um exemplo de direito da personalidade absorvido pelo parágrafo 2º do artigo 5º é o direito à identidade pessoal que, segundo José Afonso da Silva se trata de um direito individual implícito, subentendido nas regras de garantia ⁴⁴.

Portanto, podemos reconhecer que a Constituição Federal representa o vértice cristizador e axiológico dos direitos da personalidade, os quais não se esgotam na patrimonialidade e nem nas previsões do Código Civil e das leis especiais, como já foi oportunamente abordado.

4. O Direito à Vida na Constituição de 1988.

4.1 A Abrangência do Direito à Vida: Desdobramento Qualitativo.

4.1.1 Acepção Formal do Direito à Vida

A doutrina jurídica brasileira, seja a constitucional, seja a civilística ou mesmo a doutrina ainda em construção dos direitos humanos, costuma identificar o direito à vida no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, tal como esteve presente em nossas Constituições anteriores ⁴⁵.

O direito à vida é tradicionalmente entendido como o direito de nascer

⁴³ Cabe aqui fazer a necessária aproximação entre os conceitos de cláusula aberta e cláusulas gerais. Essas últimas consistem em um interessante recurso da técnica legislativa que permite a mobilidade do sistema jurídico, isso é, a sua flexibilidade e constante ajustamento à novas realidades e conceitos através de uma atividade judicial-interpretativa criativa e, sobretudo, criadora. As cláusulas gerais seriam então o instrumento – passível de ser usado principalmente no campo do direito civil – que permitiria a manutenção de sistemas de direito centrados em códigos sem recair na rigidez e, possibilitando sua constante abertura para novos aspectos da dinâmica social. Neste sentido, veja-se o artigo de Judith Martins-Costa intitulado “As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico”. Revista de Informação Legislativa nº 112, dez.1991.

⁴⁴ José Afonso da Silva. *op. cit.* pp. 204 e 205.

⁴⁵ As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937 não mencionam expressamente o direito à vida no capítulo referente aos direitos individuais. A constituição de 1937 inclusive admite a pena de morte em determinados casos. O direito à vida só começa a figurar entre os direitos fundamentais em nossas Constituições a partir da Constituição de 1946, no *caput* do artigo 141. A partir daí todas as Constituições brasileiras subsequentes passaram a consagrar o direito à vida no *caput* do dispositivo enunciador dos direitos fundamentais (Constituição de 1967, art. 150; 1969, art. 153 e, 1988 art. 5º). É interessante notar que a redação do *caput* do artigo 5º de nossa atual Constituição é muito semelhante daquela dos dispositivos anteriores a qual, embora não consagrasse o direito à vida, consagrava os direitos à segurança, à propriedade e à liberdade.

e o direito de manter-se vivo, concretizando através destas formas a sua inviolabilidade, assegurada pelo texto constitucional ⁴⁶.

Nosso ordenamento jurídico protege a vida desde a sua concepção até a exalação do último sinal vital, fato este que se infere da proibição legal ao aborto, ao infanticídio, ao homicídio, à participação em suicídio e demais tipos penais e de sua punição. Ao colocar a pessoa humana sob sua tutela, o Código Penal proíbe a privação da vida em qualquer de seus estágios. Isto porque se entende que toda pessoa tem o direito de nascer e de manter-se viva, repelindo, deste modo, nosso sistema jurídico qualquer atentado à vida. Caberá a nós indagarmos quanto à legitimidade de algumas destas tipificações e sua conseqüente punição quando elucidarmos a acepção substancial do direito à vida.

A Constituição, do mesmo modo, situa o direito à vida entre os direitos fundamentais, como um direito subjetivo público, passível de exigência perante o Estado, ou talvez, poderíamos dizer, como um dever constitucional de prestação do Estado. Desta forma, costuma-se entender que o Estado tem o dever-função de zelar pela vida de seus cidadãos. Mas, acredito, devemos questionar esta concepção. Se, por um lado, é compreensível que ao proibir a pena de morte o Estado esteja zelando pela vida de seus cidadãos, teria o mesmo efeito, ou talvez, a mesma legitimidade, a atitude do Estado que, exercendo sua função jurisdicional, concede uma liminar para que um hospital realize uma transfusão de sangue contrariamente à vontade do paciente que, devido à sua opção religiosa se opõe a tal medida, preferindo mesmo a morte? ⁴⁷

Seria legítimo este tipo de atuação estatal? Seria a vida um valor universal, passível de ser protegido por terceiros, ou mesmo pelo Estado? Quem tem o direito de proteger a vida, o Estado, a família ou o próprio titular? Até que ponto podemos obrigar uma pessoa a viver porque nós zelamos pela sua vida, se esta não lhe é mais prezada, não é desejada pela própria pessoa humana? Seria a vida de terceiros apropriável por nós? Devemos nos intrometer em uma guerra de um país que não é o nosso em nome da vida daqueles nacionais? Temos o direito de infiltrarmos em uma pequena comunidade africana para proteger a integridade física de seus cidadãos, integridade esta que nós valoramos, mas que pode não ser valorada por aquele sistema cultural? Qual a legitimidade que temos para isso? Todas estas questões merecem reflexão e respostas que não podem ser sequer delineadas neste pequeno trabalho ⁴⁸.

⁴⁶ Neste sentido e representando a doutrina majoritária José Afonso da Silva, *op. cit.* pp. 194 e 195.

⁴⁷ Sobre a presença de um paternalismo estatal concretizado, muitas vezes, na figura do médico, veja-se o artigo “Autonomia e Direito de Morrer com Dignidade”, de Maria Júlia Kovács, in *Revista Bioética*, vol.6, nº 1, 1998.

⁴⁸ Tais questões inserem-se no âmbito dos debates travados entre os autores tidos como liberais-universalistas e os comunitários-particularistas. Trata-se, no fundo, de discussões sobre a primazia dos direitos fundamentais ou da soberania popular. Além da obra de Gisele Cittadino já citada, veja-se: Michael Walzer. *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura

A doutrina internacional dos direitos humanos também busca proteger a vida através de numerosos tratados e convenções internacionais. São também inolvidáveis as declarações de direitos assinadas por diversos países e organizações de caráter supra-estatal ⁴⁹. No entanto, acreditamos, tais pactos devem servir como um compromisso que cada Estado em particular assume para si e não um compromisso de Estados entre si, pois assim ao submetemo-nos a uma jurisdição internacional, mesmo de proteção aos direitos humanos, estamos necessariamente ferindo a nossa soberania nacional ⁵⁰. Quanto ao direito à vida, objeto específico de nosso estudo, recairíamos no problema, já mencionado, de proteger, ou tentar proteger, um direito que talvez não seja nosso.

4.1.2 Acepção Substancial do Direito à Vida: O Direito à uma Vida Digna.

Qual seria então o papel do ordenamento jurídico, do Estado e mesmo da comunidade humana em relação ao direito à vida?

No campo jurídico-doutrinário devemos propugnar por uma leitura do direito à vida à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, postulando assim pelo direito a uma vida digna. Nossa Constituição fornece a base para tal construção doutrinária, ao consagrar entre os princípios fundamentais da República a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III. Ao conjugarmos este ao direito à vida em seu aspecto formal, contido no *caput* do artigo 5º, chegamos ao direito à vida digna⁵¹.

E em que consistiria o direito à vida digna? Em primeiro lugar, trata-se de não permitir que sua acepção se esgote no caráter formal que lhe é dado pela doutrina até hoje. É preciso romper com a doutrina tradicional e entender a vida como um valor que demanda uma atuação diferente do Estado para a sua plena

Económico, México, 1993; *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1994 e *On Toleration*. Yale University Press, New Haven, 1997. Ainda, Charles Taylor, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993. Vale ver também Amy Gutmann (org.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

⁴⁹ Há diversas obras que reúnem os principais documentos sobre os direitos humanos e direitos fundamentais. Como sugestão veja-se *Libertés et Droits Fondamentaux*. Organizado por Mireille Delmas-Marty e Claude Lucas de Leyssac, Editions du Seuil, Paris, 1996. No Brasil, há uma edição do Senado Federal intitulada *Direitos Humanos: instrumentos internacionais e documentos diversos*. Brasília, 1996.

⁵⁰ Em sentido contrário e representando nova tendência, veja-se: Danielle Archibugi e David Held. *Cosmopolitan Democracy. An Agenda for a New World Order*, Polity Press, Cambridge, 1995.

⁵¹ Ressalte-se que há autores que mencionam um 'direito à dignidade', como, por exemplo Ronald Dworkin. No entanto, sua acepção é diversa daquela que queremos aqui defender como um 'direito à vida digna'. Para ele o direito à dignidade seria "o direito de não sofrer indignidade, de não ser tratado de maneiras que sua cultura ou comunidade entendam como desrespeitosas". *Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. Vintage Books, New York, 1994. pp. 233 - 237. É interessante notar que este autor, marcadamente liberal e universalista, se vale de um argumento, como o citado acima, de feição comunitarista e relativista.

realização ⁵².

O Estado, para proteger a vida digna, e tê-la como centro de sua proteção, precisa ater-se não apenas em punir os atentados à vida ou em impedir que o seu titular disponha dela, mas sim, deve o Estado preocupar-se em fornecer as condições necessárias para que a vida de seus cidadãos possa se realizar plenamente. Para tanto é preciso que o Estado, através de prestações positivas, possibilite a realização de direitos que sejam consubstanciadores do direito à vida digna, tais como o direito à saúde, o direito à educação, o direito à moradia e o direito ao emprego. Permitindo-se a efetivação destes direitos e oferecendo condições para que eles se realizem, torna-se possível que cada titular possa ter uma vida digna.

Não deve se esgotar o direito à vida no direito de nascer, manter-se vivo e lutar pela continuação da vida. Trata-se, ao contrário, de criar possibilidades para que os cidadãos realmente partam de uma situação de igualdade e que se permita, assim, que eles possam explorar plenamente seus potenciais como pessoa humana.

Já a comunidade humana, vale dizer, cada um de nós, pode participar deste processo de construção de um direito à vida digna não apenas procurando impedir que o outro abdique de sua própria ou tire a vida alheia, mas, através de uma virtude que há muito anda por nós esquecida: a solidariedade. ⁵³ E como ser solidário dignificando a vida alheia? Abrindo mão do individualismo, não permitindo que a nossa própria prosperidade tenha como condição o prejuízo de outrem e, compartilhando, de modo a dar um pouco de si próprio para o outro, qualquer que seja este pouco e, principalmente, oferecendo condições para que os demais expressem a sua potência, não impedindo a sua afirmação.

⁵² Insistimos aqui na ideia em que se centrou toda nossa argumentação até agora, qual seja, a de que a vida humana é um valor. No entanto, ao afirmarmos esse valor, refutamos que ele seja universal, absoluto ou sagrado. Seria, talvez, um valor *prima facie* que pode ser elidido, em alguns casos, por outros valores que se sobreponham a ele. Assim, como vamos sustentar a seguir, a indignidade ou a dor e o sofrimento, podem se sobrepor ao valor vida, por exemplo, bem como outros direitos fundamentais podem fazê-lo, quando com ele entram em conflito. Quanto ao conceito de vida humana como valor *prima facie* veja o artigo "Sobre la eutanasia", de Albert Casamiglia. DOXA n° 14, 1993. Sobre as concepções da vida como um valor sagrado veja Ronald Dworkin, *op. cit.* cap. 3.

⁵³ O leitor crítico poderia neste momento indagar sobre como compatibilizar o ideal de solidariedade, que pressupõe uma ausência de indiferença em relação ao alheio, ao diferente, com os nossos posicionamentos acerca da relatividade do direito à vida. Ora, acreditamos não serem estes valores excludentes uma vez que a inação frente a *determinados* atentados à vida não implica na não-solidariedade para com a pessoa humana, mas apenas na relativização deste direito fundamental em face de outros direitos – tais quais a liberdade religiosa e a liberdade de escolha – ou da soberania nacional, sem esquecer também da questão concernente à titularidade do direito à vida. Trata-se em todo caso – e nisso acreditamos – de respeitar-se diferenças, sejam elas atinentes à identidade pessoal (caso da pessoa cuja opção religiosa não permite a transfusão de sangue), ou à identidade social (caso das culturas africanas). O respeito à diferença - individual ou social – que aqui postulamos não se esgota em uma ideia vazia e extremada de tolerância que redunde na própria indiferença.

5. A Insuficiência da Tutela Penal

De que forma pode o direito penal proteger a vida digna? Embora o Código Penal brasileiro intente proteger a vida de várias formas (proibição do aborto, homicídio, participação em suicídio, eutanásia, etc.) sabemos que não é através da tipificação destes crimes ou da ampliação de suas sanções que eles deixarão de ocorrer. Ademais, e é isto que aqui importa, a tipificação de atentados contra a vida de nada adianta para a consolidação e proteção da vida digna.

Uma questão é evidente: o sistema punitivo é um dos principais violadores da vida digna, ele mesmo é um impulsionador da vida indigna. O sistema carcerário é um núcleo de manutenção de vidas indignas. Milhares de pessoas são presas e submetidas a condições desumanas por terem cometido atos que, muitas vezes, nem deveriam estar tipificados como crimes⁵⁴. E, ainda, há aquelas presas ilegalmente, isto é, além do tempo determinado, bem como outras tantas, vítimas de falhas processuais e erros judiciários. Como podemos ser tão intolerantes com nossos pares e, ainda, tolerar que milhares de vidas humanas sejam submetidas a uma situação tão indigna e degradante nas prisões do nosso Estado? O repensar o direito à vida deve ser acompanhado do repensar o direito penal.

Além da indignidade resultante da ausência de prestações do Estado em favor da pessoa humana e daquela resultante de situações desumanas e degradantes, a indignidade também pode resultar de decisões legislativas tais como a tipificação penal da eutanásia, do suicídio assistido e do aborto.

Será digna uma vida sem vida, como é o caso, por exemplo, da vida vegetativa levada a cabo pelos doentes terminais? De que vale se manter vivo se não podemos nem mesmo valer-nos de nossas faculdades vitais? Seria apenas por que respiramos, e mesmo isto, através de aparelhos? Será que respirar é realmente o último ou o mais importante sinal vital, como ainda hoje acredita a medicina legal? Desta situação de fatos, consideramos que uma forma de proteção à vida digna que nos pode ser dada através do direito penal é a permissão da eutanásia, forma de interrupção da vida de doentes terminais ou incuráveis. Tratar-se-ia de um meio de interromper sim uma vida, mas uma vida talvez indigna⁵⁵. Não postulamos aqui que a vida deva ser extinta porque ela é indigna, como se fosse possível estabelecer uma fronteira entre o que é ou não

⁵⁴ É o caso, por exemplo, dos 'crimes' que aqui discutimos: o aborto, a eutanásia e o suicídio assistido.

⁵⁵ Albert Casamiglia no artigo citado "*Sobre la eutanasia*" fundamenta tal procedimento no mesmo sentido que nós aqui o fazemos, isso é, a partir da dignidade do destinatário. Segundo ele, "a eutanásia justificada só pode produzir-se no interesse da dignidade do destinatário" ou, "o elemento fundamental da eutanásia é o dano que se inflige ao destinatário e esse dano pode ser não só o sofrimento, mas também a indignidade", e ainda "eutanásia significa ajudar a morrer dignamente". pp. 343, 345 e 346. No mesmo sentido veja-se também o artigo de Maria Júlia Kovács, "Autonomia e o Direito de Morrer com Dignidade", já citado.

digno, mas acreditamos que esta escolha deva ser dada ao titular do direito e não a um órgão estatal. Se o titular do direito à vida quer renunciar à ela, que legitimidade temos para impedi-lo?

Um problema que pode surgir é aquele de se admitir a eutanásia apenas quando da manifestação da vontade do paciente (eutanásia consentida) e não com a anuência somente de seus familiares, que, como já discutimos aqui, não são os titulares do direito à vida em questão. E isto, sabemos, é muito problemático, pois um doente em tal situação, na maioria dos casos não tem como emitir tal consentimento. E de fato, acreditamos que a ninguém mais cabe manifestar esta vontade⁵⁶.

Além da eutanásia, outras questões há em que o direito à vida digna ganha relevo e merece ensejar discussões e reformulações no campo penal. São aquelas relativas ao aborto e ao suicídio assistido (variante da eutanásia, porém com a participação ativa da pessoa que quer dispor da sua vida).

Quanto ao suicídio assistido, nos valem das mesmas indagações e justificativas apresentadas quando da discussão acerca da eutanásia para refutar sua configuração como tipo penal, sendo que aqui, nem sequer se colocam os problemas referentes à legitimidade, uma vez que não caberá nesta hipótese a opção ao médico ou à família, mas ao próprio enfermo que, por ato próprio e voluntário, se desligará da vida⁵⁷.

Já com relação ao aborto, talvez fosse o caso de pensá-lo como um direito da gestante e não como o dever de zelar por uma vida sequer vivida, como sugere sua proibição e conseqüente punição penal. Em primeiro lugar, acreditamos que a escolha de ter ou não um filho cabe à mulher, inobstante se alegue que esta escolha poderia ter sido feita no momento de precaver-se de uma gravidez indesejada, a partir dos métodos que a ciência apresenta para tal. Ademais, o nascimento de uma criança indesejada, por quaisquer que sejam os

⁵⁶ A legitimidade da eutanásia quando o enfermo se encontra incapaz de emitir ato volitivo, na maior parte dos casos, quando está já inconsciente é extremamente discutida. Vários recursos para suprir esse consentimento vêm sendo criados, tais como o 'consentimento hipotético', o 'consenso racional' (Garzón Valdés), a 'reconstrução da vontade' (Casamiglia) e o 'argumento de integridade' (Dworkin).

⁵⁷ Em relação ao suicídio assistido, há um interessante texto assinado conjuntamente por Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon e Judith Jarvis Thomson, publicado no *The New York Review*, de 27/03/97. Conhecido como "*Assisted Suicide: The Philosopher's Brief*", o artigo foi escrito com o objetivo de oferecer um posicionamento público em relação a dois casos a serem julgados pela Suprema Corte americana no final daquele ano relativamente à problemática do suicídio assistido, ou como preferem os autores quanto "ao direito de pacientes terminais de escolher a morte e não a dor e o sofrimento". O 'manifesto filosófico' centra seus argumentos em duas perspectivas. A primeira, através da definição do princípio moral e constitucional de que "toda pessoa competente tem o direito de tomar decisões pessoais momentâneas que envolvem convicções religiosas ou filosóficas sobre o próprio valor que ela mesma dá a vida". A outra perspectiva reconhece que as pessoas podem tomar certas decisões impulsivamente ou em estado de depressão emocional, de modo que com seus atos não reflitam suas verdadeiras convicções, o que permitiria que em certas circunstâncias um Estado tivesse poderes constitucionais de impedir tal direito de forma a proteger os cidadãos de errar, ao agir autodestrutivamente.

motivos da mãe, pode talvez consistir em um forte indicador de que esta vida corre o risco da indignidade, principalmente se nos defrontarmos com a realidade social brasileira, a qual não permite, por inúmeros motivos que não cabe aqui enumerar, que o cidadão viva dignamente, tampouco que seus filhos o façam. E neste caso sabemos estatisticamente que afora os casos de aborto legal (decorrente de estupro ou de gravidez que apresente risco à vida da gestante), a maior parte dos casos de rejeição de gravidez originam-se da impossibilidade – psicológica ou financeira – da mãe manter o filho.⁵⁸

Não esqueçamos, todavia, e mais uma vez, a hipocrisia fática desta tipificação penal, pois sabemos que não obstante a proibição, milhares de abortos são realizados no Brasil anualmente, em situação de clandestinidade e precariedade, levando à morte ou causando seqüelas perpétuas em inúmeras vidas. Portanto, em nome da preservação de uma expectativa de vida ainda não vivida, não nascida, coloca, o direito penal, em risco outras tantas vidas já vividas.

Apesar de o direito penal mostrar-se insuficiente para tutelar a vida digna, seja no âmbito das decisões legislativas, seja no âmbito da prática judiciária, acreditamos que o redimensionamento de seus conceitos e categorias, a partir da idéia da dignidade humana enquanto valor, pode levar à amenização de seu caráter exclusivamente repressivo.

Conclusão

Quando a vida entra em conflito, isto é, quando o direito à vida colide com outros direitos fundamentais, o que primeiro salta aos olhos é a dimensão que vem adquirindo o chamado princípio da dignidade humana tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência.

Se, por um lado, este princípio reflete a abertura constitucional de nossa Constituição e serve de parâmetro interpretativo das demais categorias jurídicas tanto do direito público como do privado, por outro, ele parece possuir uma dimensão restritiva, limitadora dos direitos fundamentais, além de colaborar

⁵⁸ Ronald Dworkin em seu livro *Life's Dominion*, já citado, dedica vários capítulos à discussão da problemática do aborto se valendo para tanto, da análise de vários casos concretos. O argumento principal que norteia sua obra é o de que todas as pessoas compartilham, explícita ou intuitivamente, a idéia de que a vida humana tem um valor objetivo, intrínseco, que independe do seu valor pessoal para cada um. A partir dessa idéia, que considera ser objeto de discordância devido à discussão sobre qual a sua interpretação correta, o autor discute a moralidade do aborto, rejeitando para tanto a discussão sobre o fato de ser o feto uma pessoa ou não - argumento moral que, segundo ele, predomina entre aqueles que discutem o aborto hoje em dia. Também em sua obra *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996 - o autor defende que a Constituição americana prevê um "direito constitucional ao aborto", mas continua discutindo sua moralidade, a qual parece não aceitar.

na consolidação de uma ideologia individualista, quando de sua aplicação judiciária.

A revitalização do princípio da dignidade da pessoa humana, tal como tentamos demonstrar, não parece, em certa medida, dar conta de uma concepção de justiça que corresponda a um ideal democrático, social e pluralista, ao sustentar uma determinada feição individualista aparentemente remanescente do ideário liberal. Vale dizer, a dignidade da pessoa humana viria apenas em socorro dos chamados direitos individuais, os quais por sua vez são em sua maior parte direitos civis (ou de liberdade, como preferem alguns) e que requerem apenas prestações negativas, de abstenção do Estado, o que de fato qualifica o Estado liberal-burguês⁵⁹. Neste compasso, são colocados em segundo plano os direitos coletivos, que assumem a forma na maior parte das vezes de direitos sociais, e que requerem uma atuação positiva, de prestação, por parte do Estado. Talvez seja a hora de rompermos com o legado liberal e sua nova versão, e postular em favor não de um princípio que proteja apenas a dignidade de pessoas humanas, mas que tutele um grupo destas pessoas simultaneamente, o qual poderíamos arriscar ser o princípio da cidadania, entendida esta aqui não apenas como o conjunto de nacionais, mas como um conjunto de pessoas humanas que compartilham de uma mesma condição.

Até que ponto pode o Estado valer-se de seu poder de polícia para restringir os direitos fundamentais de seus cidadãos em nome do princípio da dignidade da pessoa humana? E quando este princípio refletir por si próprio outros direitos fundamentais tal como o direito à vida? Ou mesmo quando refletir direitos decorrentes desta, como a integridade física, a liberdade de expressão ou a liberdade religiosa? E ainda, como proceder quando um Estado quer intervir em outro em nome da preservação desta mesma dignidade?

Embora estas indagações não se coadunem com um esforço de conclusão, as respostas, esperamos, ficam ao sabor da imaginação de cada um de nós e de nossos respectivos compromissos filosóficos e políticos, pois que parecem requerer um limite, um conteúdo mínimo, que o Direito ainda não conhece, e que, aparentemente não comportam uma resposta única, verdadeira. Afinal, o Direito, entendido sob a ótica de um processo argumentativo e de uma lógica própria, a lógica jurídica, não requer a demonstração de verdades objetivas, mas a argumentação em busca da razoabilidade, de resultados razoáveis que dependem sempre de quem sustenta a idéia, de quem a ouve e de quando e como isto acontece. Por que não dizer então que o Direito apenas suporta verdades, respostas relativas e uma idéia relativa de Justiça?

Nossa restrita vivência acadêmica não nos permite, de fato, concluir

⁵⁹ Neste sentido, veja-se: Ernst-Wolfgang Böckenförde, op.cit. pp. 48-52. E o nosso "Os Direitos Fundamentais em E.W. Böckenförde" in *Cadernos Estudos Constitucionais: Teoria Constitucional Alemã*, nº1, Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, 1998. pp. 47-48 e 54-57.

com todas as respostas. Porém, temos por certo que o reconhecimento da pessoa humana e do princípio que assegura a sua dignidade como um valor, não nos induz necessariamente a uma concepção universalista, vale dizer, à aceitação da tese de universalização dos direitos fundamentais sem respeito às particularidades, especificidades e contingências históricas tanto de identidades pessoais como de identidades sociais.

Tampouco acreditamos que o debate possa se resolver no binômio universalismo-relativismo, no conflito entre constitucionalismos liberal e comunitário, e nem mesmo na decisão de casos concretos. A resposta parece estar talvez no respeito às diferenças, no reconhecimento de todos os direitos fundamentais em um mesmo plano e no respeito às idéias de soberania nacional e popular; mas isto sem recair em uma falsa tolerância ou na indiferença.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983.

ATIENZA, Manuel e Juan Ruiz Manero. *Las piezas del derecho*. Ariel, Madri.1996.

BADOUIN, Jean-Louis e Danielle Blondeau. *Éthique de la mort et droit à la mort*, PUF, Paris, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Forense, Rio de Janeiro, 1992

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993

BONDUELLE, Philippe. "Fonder la dignité?". Le Supplément n°191, de dezembro de 1994.

BREUVART, Jean-Marie. "Le concept philosophique de dignité humaine". Le Supplément n°191, dez.1994

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1995.

CAVANAUGH-O'KEEFE, John. "Human Dignity: A Fuzzy Concept?", via

internet em <http://www.all.org/clontx06>, consultado em julho de 1998.

CASAMIGLIA, Albert. "Sobre la eutanasia", DOXA n° 14, 1993.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, ed.Lumen Juris. Rio de Janeiro,1998.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. Vintage Books, New York, 1994.

_____ et alli. "Assisted Suicide: The Philosopher's Brief", The New York Review, 27/03/97.

GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e suas Fronteiras Atuais", traduzido por Maria Cristina De Cicco, (mimeo).

HESSE. Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, 1995.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. "O Poder de Polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa", in Revista TravelNet Jurídica, via Internet : <http://www.travelnet.com.br/juridica/art23c96.htm>

GUTMANN, Amy (org). *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994.

KOVÁCS, Maria Júlia. "Autonomia e Direito de Morrer com Dignidade", in Revista Bioética, vol.6, n° 1.

LABROUSSE RIOU, Catherine. "Droit de la personnalité et de la famille", in *Libertés et droits fondamentaux*, coordenado por Mireille Delmas-Marty e Claude Lucas de Leyssac, Éditions du Seuil, Paris, 1966.

MARTINS COSTA, Judith. "As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico". Revista de Informação legislativa n° 112, dez.1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. "A caminho de um direito civil constitucional", Revista Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Direito da PUC-Rio, n° 1, dezembro de 1991

_____. "O Direito Civil Constitucional", publicado na coletânea 1988-1998 *uma Década de Constituição*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

MOREIRA, Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho, *Constituição da República*

Portuguesa Anotada, 1º volume, Coimbra, 1984.

PAVIA, Marie-Luce. "Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel". In *Droits et libertés fondamentaux*, organizado por Rémy Cabrillac et alli. Paris, Dalloz, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a.edição. Malheiros, São Paulo, 1997.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Sobre principios y normas, problemas del razonamiento juridico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *A Constituição Aberta*. Tese apresentada em concurso de titularidade na UERJ em 1995.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1993.

WALLEZ, Paul. "La dignité: un concept à construire". Le Supplément n°191, de dezembro de 1994.

WALZER, Michael. *Las Esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económico, México, 1993.

_____. *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1994.

_____. *On Toleration*. Yale University Press, New Haven, 1997.

CHINA E JAPÃO: OLHOS ABERTOS PARA O MEIO AMBIENTE

*Themis Aline Calcavecchia dos Santos**

Introdução

A escolha destes dois países, China e Japão, para refletir sobre suas políticas públicas, legislação e princípios norteadores para a proteção ao meio ambiente, deveu-se, num primeiro momento, à sua relação histórica. A China, durante muitos anos esteve em guerra com o Japão, sendo, inclusive, dominada por este último, no período entre as duas grandes Guerras Mundiais.

O segundo motivo deve-se ao fato de que o Japão é uma das maiores potências mundiais do outrora denominado bloco capitalista e a China o maior país, ainda, sob o regime comunista, para dar uma mostra da visão ambiental nos dois blocos que durante anos dividiram o mundo, gerando a chamada Guerra Fria.

Ainda não se pode esquecer que a China é o país com maior população mundial e um dos mais antigos da história da humanidade.

As fontes para a realização deste trabalho foram extraídas da Internet.

Japão

O Japão passou por uma grande crise ambiental entre o final dos anos 60 e início dos anos 70 principalmente, em consequência do acidente com mercúrio na Baía de Minamata, que foi o primeiro de uma série de acidentes ambientais

* Advogada e Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio.

locais.

Outro evento, que contribuiu para os problemas ambientais do Japão, foi o terremoto em Kobe. Este terremoto deixou um lastro de área correspondente a 8 milhões de metros quadrados em destroços de prédios e construções, correspondendo a 11 mil toneladas. O resultado foi uma imensa área coberta pelos destroços, na sua maioria não recicláveis, gerando um problema de locação dos mesmos. O Governo japonês chegou a cogitar a construção de uma outra ilha artificial para depósito deste lixo (já existem as ilhas de Rokko e Port Islands na Baía de Kobe). Mas as críticas à idéia fundamentavam-se no fato de que essas duas ilhas, já existentes, também sofreram abalos, devido à instabilidade de suas fundações.

Outra constatação, após o terremoto, foi a presença de elevadas quantidades de fibras de asbesto, em crescentes níveis, como resultado do colapso e da remoção das casas velhas. Estima-se que o prejuízo total causado pelo terremoto foi da ordem de US\$ 100 bilhões. A maior parte desse prejuízo foi em decorrência dos estragos nas redes de esgoto e na infraestrutura de gerenciamento dos resíduos sólidos.

As autoridades locais japonesas relataram a ocorrência de oitenta mil reclamações feitas por residentes e organizações, no ano de 1994, por problemas relacionados ao meio ambiente, o que correspondeu a um crescimento de 4% em relação ao ano anterior.¹

No topo da lista encontram-se as reclamações sobre despejo ilegal de resíduos. O gerenciamento de resíduos sólidos industriais no Japão é feito por uma série de pequenas firmas e vem sendo criticado por ser infiltrado pelo crime organizado.²

O Japão sofre, ainda, com a poluição radioativa, resultante dos países da antiga União Soviética e os países resultantes de sua divisão.³

Princípios Orientadores da Política Ambiental

Inicialmente, em decorrência da estrutura política do Japão ser descentralizada, as políticas públicas para a preservação do meio ambiente eram adotadas pelas municipalidades. Os Prefeitos, enfrentando as situações emergenciais de seus municípios, adotaram o princípio dos Acordos Voluntários entre as indústrias e os governos locais. Estes Acordos sempre tornaram ineficazes ou excederam as ações em nível nacional⁴, principalmente, porque

foram anteriores, em sua maioria, à edição de uma legislação nacional. Apesar destes Acordos Voluntários não serem leis, eles podem revestir-se de força de lei no Japão, através de significados informais, tais como: o desejo real das empresas de manterem uma boa imagem junto à população local e o controle dos Governos locais sobre medidas como permissão e incentivos econômicos.

Destaca-se que, no Japão, as Prefeituras detêm um poder considerável, como resultado da Lei dos Governos Locais, editada em 1947. Esta lei delegou poderes aos municípios para criarem suas próprias ordenações e as grandes cidades usaram suas autoridades para tratar da poluição já nos anos 50 e 60.

O sistema japonês prefere, claramente, a negociação e a construção do consenso em detrimento das ações punitivas; isto pode ser observado pelo grande número de medidas voluntárias no controle da poluição. Em setembro de 1991, trinta e sete mil acordos estavam vigorando.⁵

Outro princípio, adotado pelo Japão, é o de Incentivos Fiscais e Ajuda Financeira, que começou a ser implementado em 1965, quando o Ministro da Saúde e Bem-Estar fundou a *Environmental Pollution Control Service Corporation* (hoje chamada de *Japan Environment Corporation - JEC*). Sua missão é assistir as indústrias na sua relocação para áreas não residenciais e prover, a juros baixos, financiamentos para negócios que visem a instalar medidas de controle da poluição.⁶

Medidas especiais foram tomadas no sentido de assistir, financeiramente, a pequenos e médios negócios, chegando a prover 80% dos gastos com investimentos, enquanto para os grandes negócios o financiamento chega a ser de 30%.

Por último, o Princípio do Poluidor Pagador, reconhecido na Lei Básica sobre o Meio Ambiente (*1993 Basic Law on the Environment*). Note-se, todavia, que já em 1973, a Lei de Compensação para Prejuízos na Saúde Relacionados com a Poluição (*1973 Law for the Compensation of Pollution-Related Health Injuries*) previa o pagamento de taxas para as emissões e efluentes, as quais seriam revertidas para compensar as vítimas da poluição.

Políticas Públicas e Legislação

O Japão não possui um único Plano Nacional para a preservação do meio ambiente. Sua política ambiental não é totalmente coordenada entre os Ministros com maior poder no Governo e as agências de proteção ao meio ambiente, todos com autoridade para atuar na área, embora a cooperação entre os mesmos esteja sendo aumentada. Muitos organismos do Governo têm desenvolvido estratégias

¹ *Asia Environmental Review* - may 1995 - Premier Issue, p. 3.

² *Ibid.*

³ *Japan: International Aspects of Environmental Policy*, p. 1.

⁴ *Japan: Mechanics of Environmental Policy*, p. 2.

⁵ *Japan: Policy Instruments*, p. 1.

⁶ *Ibid.*, p. 2

de proteção ao meio ambiente, as quais, em conjunto, representam a coleção de objetivos das Políticas Públicas Ambientais do Japão.

Alguns dos mais poderosos atores em estabelecer estes objetivos são: *the Environmental Agency*, *the Ministry of International Trade and Industry* (MITI), e *the Economic Planning Agency*. A seguir, alguns documentos importantes:

Sharing a Better Quality of Life Around the Globe, que é o mais recente plano econômico dos últimos cinco anos e foi desenvolvido pela *Economic Planning Agency*. Este documento discute o papel do Japão nos problemas ambientais da Terra e estabelece alguns objetivos quantitativos para chegar à economia sustentável;

New Earth 21 Action Program for the Twenty-First Century, desenvolvido pelo *Ministry of International Trade and Industry* e consiste num planejamento a longo prazo para frear o aquecimento da Terra e a criação de tecnologias limpas:

The Basic Law on the Environment (1993) é a mais recente legislação ambiental japonesa e é, também, a estrutura para o *Japan's Basic Environmental Plan*. Foi elaborada em cooperação entre *The Environmental Agency* e o MITI, consistindo, juntamente com o *UN Council on Sustainable Development*, o principal documento para a implementação da Agenda 21.⁷

A autoridade nacional para as políticas públicas ambientais é a *Environment Agency*, que foi criada em 1971. Suas atribuições são, entre outras, de coordenar a Política Ambiental Nacional, que significa o controle da poluição e a conservação da natureza. Também é responsável pela implementação de toda a legislação nacional, como *The Air Pollution Control* e *the Nature Conservation Law*, além de conduzir pesquisas, estatísticas e estabelecer medidas (*standards*) para a qualidade do meio ambiente. Através da *1967 Basic Law for Environmental Pollution Control*, a *Environment Agency* ficou responsável por desenvolver políticas públicas regionais para programas de controle da poluição.

A Agência atua em conjunto com outros órgãos do Governo, através de seu Diretor Geral, que recebe o título de *Minister in Charge of Global Environmental Problems*, no Conselho de Ministros para a Conservação Global, sendo, assim, membro do Gabinete do Governo. Atualmente, está dividida em seis setores de atuação, a saber:

Planning and Coordination Bureau;
Nature Conservation Bureau;
Air Quality Bureau;
Water Quality Bureau;
Environmental Health Department e
Global Environmental Department.

⁷ *Japan: Guiding Principles*, p. 1.

Como mencionado anteriormente, algumas vezes a política ambiental é implementada pelos Ministros responsáveis por outras áreas de atuação, mas que tenham ligação com problemas de poluição, assim como algumas agências. Nessa medida, nem sempre os órgãos do Governo coordenam as suas políticas ambientais, entre si, preferindo desenvolver suas próprias estratégias e objetivos. Um exemplo diz respeito à concepção de como tratar do problema do aquecimento da Terra. Segundo a *Economic Planning Agency* é importante a harmonia entre produção e consumo no tocante ao meio ambiente. Já a *Environment Agency* recomenda mudanças no estilo de vida e padrões de consumo.

Os mais importantes organismos do Governo, que tratam das questões ambientais, são: os Ministérios da Saúde e Bem-estar, Agricultura, Comércio Exterior e Indústria (MITI), Transportes e, por último, o da Construção e a *Economic Planning Agency*.⁸

Como é sabido, os anos 50 e 60, no Japão, foram marcados por graves acidentes decorrentes da poluição e além das medidas locais, municipais, mencionadas anteriormente, o Governo editou *The Basic Law for Environmental Pollution Control*, em 1967, que constituiu-se na base da legislação ambiental do Japão. Foi promulgada com o objetivo de proteger a saúde do homem e o ambiente em que ele vive e garante ao Governo a autoridade para estabelecer medidas (*standards*) para a qualidade do ar, água, solo e poluição sonora.

Os anos 70 foram marcados pelas preocupações específicas da poluição industrial, em quase todo o mundo. No Japão uma série de leis nacionais foram promulgadas, a saber: *The Air Pollution Control* (emendada em 1970 e 1974), *The Nature Conservation Law* (1972, foi a primeira lei a permitir a ação coordenada para a conservação da natureza no Japão e provê a base para as Políticas Públicas de proteção ao meio ambiente no país), *The Law for the Compensation of Pollution-Related Health Injuries* (1973, emendada em 1987, aplica o princípio do Poluidor Pagador, mencionado anteriormente, para vítimas que não podem identificar as causas específicas de sua doença e são compensadas pela *Pollution-Related Health Damage Compensation Association*, que administra os recursos advindos das penalidades impostas ao poluidor e para vítimas que conseguem identificar, com precisão, as causas de sua doença, a compensação é paga diretamente pelo Agente causador), *The Law Concerning the Examination and Regulation of the Production of Chemical Substances* (1973, emendada em 1986, determina o exame científico de novas substâncias químicas, antes de serem produzidas em massa ou importadas).

Já nos anos 80, podemos destacar *The Water Pollution Control Law* (emendada em 1983, 1989 e 1990).

⁸ *Japan: Mechanics...*, cit., p. 1.

Frequêntes comentários sobre a política ambiental do Japão apontam-na por focar as soluções tecnológicas para proteger o meio ambiente, quando a situação já chegou ao limite máximo de tolerância ("end-of-pipe"). Isto funcionou bem, mas, hoje, cresce entre os burocratas, que tratam das políticas para o meio ambiente, o sentimento de que é necessário uma visão mais holística da questão, ou seja, incorporar a noção do fluxo ambiental desde o ciclo produtivo até a sociedade.⁹ Em resposta a este sentimento é que foi editada, em 1993, a grande lei nacional de proteção ao meio ambiente, já citada no presente trabalho, que é 1993 *The Basic Law on the Environment*. Esta lei dá nova estrutura e forma aos principais elementos das normas agrupadas na *Nature Conservation Law* e *The Basic Law for Environmental Pollution Control*, através da integração de conceitos de desenvolvimento sustentável de acordo com a Agenda 21. Ela contém as declarações básicas dos objetivos do Japão em relação à sua política e atuação ambiental, tanto em nível nacional, quanto internacional.¹⁰

O Japão tem um dos maiores índices do mundo no uso de agentes químicos por área; em vista disso, o Governo japonês está procurando fixar normas rigorosas para reduzir o uso de agrotóxicos. Uma agricultura voltada para a preservação do meio ambiente é cada vez mais uma preocupação do Japão. Apesar do *lobby* dos produtores agrícolas ser um dos mais fortes do país, cresce a pressão dos consumidores por uma agricultura ecologicamente correta, utilizando químicos, que podem ser tóxicos, de forma que não afetem à saúde do homem.

O Gabinete do Primeiro Ministro Murayama recebeu, no final de 1994, o *Basic Environment Plan*, o qual é a fixação das regras e das etapas para a implementação do que foi formulado pela 1993 *Basic Law on the Environment*. Um órgão governamental (*Central Environment Commission*) elaborou a minuta do plano que será divulgada para o público nos próximos meses. Ele objetiva incorporar os quatro temas da 1993 *Basic Law on the Environment*, que são: reciclagem/reutilização, desenvolvimento sustentável, participação e cooperação internacional. Todavia, o *lobby* ambiental japonês vem criticando o plano por ser muito longo nas palavras e pouco concreto nas ações, tais como: objetivos e regulamentações. O plano determina que os objetivos ambientais devem ser conseguidos através dos mecanismos do mercado.

O Conselho de Ciência e Tecnologia japonês, um influente órgão com acesso direto ao Gabinete do Primeiro Ministro, submeteu um relatório ao Primeiro Ministro propondo que o Japão adote um Programa Nacional para Pesquisas Ambientais, orçado em US\$ 12 bilhões, para os próximos dez anos.

Controle e Monitoramento Ambiental

⁹ *Asia ...*, cit., p. 2.

¹⁰ *Japan: Policy...*, cit., p. 1.

Tendo em vista os grandes problemas ambientais que o Japão já enfrentou, na atualidade, é um dos países que possui um dos mais restritos *standards* de emissões e efluentes do mundo, introduzidos, pela primeira vez, nos anos 60. De um modo geral, eles são estipulados em nível nacional; todavia, os governos municipais têm liberdade para impor exigências adicionais, caso aqueles sejam, comprovadamente, ineficientes para as suas regiões.

No tocante aos Estudos de Impacto Ambiental, eles não são adotados, obrigatoriamente, para todos os grandes projetos. Em 1972, esses estudos foram propostos, pela primeira vez, apenas com caráter administrativo, para orientar as decisões do Gabinete. A exigência para a sua realização de forma mais sistemática, foi resultado de determinação contida na 1981 *Environmental Impact Assessment Bill*. Contudo, esta lei nunca foi adotada, mas influenciou uma decisão do Gabinete, em 1994, de fixar procedimentos coordenados para largas escalas de obras públicas. Os Estudos de Impacto Ambiental ainda não estão sendo coordenados; seu uso têm sido incorporado apenas em algumas leis setoriais, como a Lei dos Portos; entretanto, muitos governos locais os exigem em seus territórios.¹¹

China

A China teve muitos problemas ambientais em consequência da falta de uma preocupação específica com o meio ambiente, no passado, e da proximidade com o Japão, o que causa uma troca de influências resultantes de poluição de ambos os países.

O Japão enfrenta o *China Clean-up Bill*, resultado da reclamação de vários habitantes de Hangzhou, no norte da China, que apresentavam vômitos e dor de cabeça. Uma investigação minuciosa revelou que o Exército Imperial Japonês deixou, em território chinês, vários *containers* de resíduos químicos depois da Segunda Guerra Mundial. O Exército Japonês usou armas químicas na China entre 1937 e 1945, e, em 1992, na Conferência de Genebra sobre Desarmamento, um delegado chinês relatou que existia na China, à época, mais de 2 milhões de *containers* abandonados contendo resíduos químicos.

Em fevereiro de 1995, o Governo japonês enviou à China um grupo de investigadores para estudar a extensão do problema. A Convenção sobre Armas Químicas, a qual o Japão deve ratificar, determina que ele deve retirar as armas químicas deixadas em outros países. Se for comprovada a reclamação chinesa, os japoneses devem gastar em torno de US\$ 10 bilhões com a estimativa de 100 toneladas de resíduos químicos.

Outro problema resulta da quantidade de emissão de dióxido de enxofre (SO₂), que corresponde a dezessete vezes mais que o Japão, o que provoca a

¹¹ *Ibid.*, p. 2.

chuva ácida na região das florestas, com sérios problemas resultantes de tal acidente ecológico¹², sendo, ainda, responsável pelas doenças pulmonares, que em 1988 eram as principais causas de morte na China.¹³

Aproximadamente metade dos cursos d'água da China estão seriamente poluídos e metade das crianças residentes nas áreas urbanas possuem quantidades de chumbo no sangue superiores às permitidas pela Organização Mundial da Saúde.¹⁴

Milhares de pequenas fábricas chinesas operam com pouco ou nenhum controle de poluição, emitindo a chamada "fumaça das sete cores" ("seven coloured smoke"). Existe, também, um sério problema de erosão do solo, obrigando o porto de Shangai a realizar várias operações de dragagem.

Os chineses identificaram três grandes problemas resultantes da poluição, a saber: a qualidade da água urbana, a qualidade do ar urbano e a poluição industrial rural.¹⁵

Políticas Públicas e Legislação

Contraditoriamente, o Governo Nacional Chinês acumula duas características: a de ser o maior agente poluidor do país e ser o regulador e criador das políticas públicas de proteção ao meio ambiente.¹⁶ Existe uma rede de agências e órgãos governamentais que tratam das políticas públicas de proteção ao meio ambiente.

O órgão central de controle e prevenção é a Agência Nacional de Proteção ao Meio Ambiente (NEPA). Existem, também, escritórios locais (*Provincial Environmental Protection Bureaus* - EPBs), regionais, de proteção e controle do meio ambiente, sendo a maioria das políticas públicas implementadas em nível local.

De acordo com Spitalnik¹⁷, recentemente, em outubro de 1995, foi promulgada a mais importante lei ambiental na China, qual seja, *Law on Preventing and Controlling Pollution Caused by Solid Waste*, que veio a preencher um grande vazio na legislação chinesa, além de atualizar legislações anteriores relativas à poluição das águas, do ar e lixo tóxico.

Esta lei amplia os poderes da NEPA e dos EPBs no sentido de melhorar o

gerenciamento dos resíduos sólidos e contém os princípios das políticas públicas e sugestões de como o Escritório de Segurança Pública, a Alfândega, a NEPA, os ministros das ferrovias, as indústrias químicas, metalúrgicas, de construção e outras agências envolvidas com resíduos sólidos coordenarão suas atividades. A ênfase da lei é para uma produção limpa e reutilização, transformando as políticas públicas da NEPA em preventivas e não mais reativas ("end-of-pipe"), como eram, anteriormente.¹⁸

Outro princípio, contido na lei, é o de utilizar, o máximo possível, medidas econômicas que visem prevenir e controlar os resíduos sólidos.

Através desta lei, coube a NEPA o papel de definir o que constitui a poluição causada por resíduos sólidos industriais.

Tendo em vista os sérios problemas ambientais que vêm sendo enfrentados pela China, o Banco Mundial já emprestou ao Governo chinês, para a realização de quinze projetos nas áreas de poluição do ar e das águas, o equivalente a US\$ 1.5 bilhões, o que significa o maior financiamento já concedido, no mundo, pelo Banco, para programas de proteção ambiental.¹⁹

Agenda 21

Atendendo aos preceitos da Conferência sobre o Meio Ambiente da ONU, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, o Governo chinês autorizou o *State Planning Commission* e o *State Science and Technology Commission* a organizar cinquenta e dois ministros, comitês e agências não-governamentais, num total de mais de trezentos *experts*, para trabalhar, durante dois anos, na Agenda 21 da China - *White Paper on China's Population, Environment and Development*.²⁰

A macro-estrutura da Agenda 21 chinesa pode ser dividida em quatro partes a saber: a estratégia geral para o desenvolvimento sustentável, desenvolvimento social sustentável, desenvolvimento sustentável da economia e a utilização racional dos recursos naturais e proteção do meio ambiente.²¹ Interessa-nos, aqui, apenas a parte que trata do meio ambiente, propriamente dito.

No que tange ao meio ambiente, a Agenda 21 chinesa dedica cinco capítulos com um total de vinte e uma áreas de programas. Neste contexto, são determinados: a integração entre a exploração e renovação da água e da região,

¹⁸ *Ibid.*, pp. 37 e 38.

¹⁹ *Asia...*, cit., p. 21.

²⁰ "China's Agenda 21 And Management Strategy of Harzadous Waste" in *Traditional Technology for Environmental Conservation and Sustainable Development in the Asia-Pacific Region - Proceedings of the UNESCO, University of Tsukuba, International Seminar on Traditional Technology for Environment Conservation and Sustainable Development in the Asia-Pacific Region* held in Tsukuba Science City, Japan 11-14 December 1995, Editors: Kozo ISHIZUKA, Shigeru HISAJIMA, Darryl R.J.MACER, p. 1

²¹ *Ibid.*, p. 4.

¹² *Asia...*, cit., p. 18.

¹³ *Environmental Sustainability*, p. 1

¹⁴ *Asia...*, cit., p. 19.

¹⁵ *Environmental ...*, cit., p. 1.

¹⁶ *Ibid.*, p. 2.

¹⁷ SPITALNIK, Ellen R. - "Getting a Grip on a Solid Waste" in *The China Bussiness Review* - March/April-1996, p. 36.

sob a direção da ciência e tecnologia; um aperfeiçoamento da legislação, no tocante à conservação da biodiversidade, para estabelecer e expandir a rede de conservação das áreas naturais; fixação de um sistema nacional de monitoramento e informação sobre a desertificação; adoção de tecnologias novas e equipamentos avançados para o controle da poluição atmosférica e chuva ácida, além do desenvolvimento de produtos e tecnologia para substituir aqueles que causam a deterioração da camada de ozônio; reflorestamento de grandes áreas e a criação de regulamentos e *standards* para o depósito e reutilização de lixo tóxico.²²

É sabido que a China não é um país que possua grandes recursos naturais, o que se torna um problema de consideráveis proporções, tendo-se em vista o seu elevado número populacional e seu alto índice de poluição.

Um dos aspectos principais da Agenda 21 chinesa é a mudança de foco da questão ambiental, passando a ser uma questão internalizada mais do que exteriorizada, como era antes. Não se trata mais de deixar os problemas ambientais, exclusivamente, para as agências, órgãos do Governo, diretamente ligados ao tema, mas sim, de uma consciência da integração entre economia, crescimento, desenvolvimento industrial e social com o meio ambiente. De acordo com o estudo apresentado num Seminário sobre Tecnologia e Meio Ambiente na Ásia do Pacífico²³, a Agenda 21 chinesa deu a resposta definitiva ao problema, ao encará-lo como integrado à economia, desenvolvimento etc.; portanto, tratando-o de forma principal para o desenvolvimento da raça humana, que na concepção chinesa é o centro, para o qual tudo converge.

Considerações Finais

Não fugindo ao que ocorreu com quase todos os países do mundo, as respostas, ou melhor, a preocupação preventiva em relação ao meio ambiente nos dois países em pauta aconteceu após a situação estar quase que irremediável, já com sérios danos ambientais causados: no caso do Japão pelo crescimento industrial acelerado, entre outros motivos; e no caso da China, por ter vivido anos de atraso industrial, com sua economia voltada para a agricultura, sem a preocupação em preservar o meio ambiente, e, nos últimos anos, em função do crescimento industrial, também sem controle ambiental, transformando-o no país com maior índice de dióxido de enxofre no ar, do mundo.

Estima-se que nos próximos cinquenta anos a temperatura da Terra aumentará em 1° C e que a temperatura na China aumentará 1,2°C acima da média global²⁴, o que significa que os esforços para mitigar os problemas ambientais devem, efetivamente, ser concretizados.

²² Ibid., p. 5.

²³ Ibid., p. 7.

²⁴ RUQIU, Ye, *Studies on Climate Change Problems and Response Measures in China*, p. 3.

Ambos os países seguiram o resto do mundo, principalmente os países desenvolvidos, e procuraram promulgar leis que visem a mudar a consciência do homem, a relação desenvolvimento/meio ambiente, e implementar medidas protetoras e preventivas para preservar o ecossistema.

Todavia, cada um, como não podia deixar de ser, aposta numa estratégia para conseguir tais objetivos.

O Japão acredita que o mercado se encarregará de conscientizar os produtores, através de um crescimento do consumo de produtos ecologicamente corretos. Os japoneses, em geral, não se preocupavam muito com as questões ambientais, em consumir produtos ecologicamente corretos. Mas, com o crescimento da moda “verde”, uma pesquisa realizada pelo Primeiro Ministro Japonês²⁵, revelou uma mudança de comportamento em relação a um aumento no consumo dos produtos “verdes”. O selo japonês que identifica os produtos não nocivos ao meio ambiente é o “Eco-Mark”. Em 1994, existiam cerca de dois mil duzentos e vinte e quatro produtos, dentro de sessenta e uma categorias diferentes, com este selo. Isto começou em 1986, quando a *Environment Agency* criou a *Japan Environmental Association* para administrar tal selo.

A mesma Agência, seguindo as normas adotadas pela Organização Mundial de Saúde, ampliou para cento e cinquenta as substâncias a serem controladas no ar e na água, incluindo cloro e metais pesados, que não eram controlados anteriormente.

Já a China reforça o poder estatal para controlar as atividades humanas que gerem a poluição através do aumento do poder da NEPA, a agência estatal de controle e prevenção do meio ambiente.

Prevê-se que, na próxima década, a China experimentará um grande crescimento do mercado ambiental, em consequência das medidas adotadas visando a Agenda 21. O governo chinês objetiva regulamentar e convencer as empresas privadas, que estão aumentando em número no país; para atuarem, firmemente, nesta área.

Se por um lado, a expectativa neoliberal de regulação da economia pelo mercado, apesar de questionável, pode dar certo, por outro, o Estado não pode eximir-se da responsabilidade de atuar, efetivamente, para a proteção do meio ambiente, tendo em vista tratar-se de um bem-público, e como tal, deve o Estado preservá-lo.

Vimos que ambos os países criaram sua legislação; resta esperar que sejam, efetivamente, cumpridas e que as medidas concretas sejam colocadas em prática, saindo da retórica do texto jurídico para o domínio público, através de

²⁵ *Asia...*, cit., p. 8.

um profundo trabalho de conscientização, quer dos industriais, quer da população em geral.

O Japão, por exemplo, até a presente data, limita o acesso do público às informações relativas ao meio ambiente; apesar da *1993 Basic Law for the Environment* determinar que o Governo deve fornecer tais informações, ainda não existem especificações de como distribuí-las para a população.²⁶

O mesmo, por razões de seu Regime Político fechado, acontece com a China.

Por fim, cabe ressaltar, que os dois países privilegiam os poderes locais, municipais, para tratarem das políticas ambientais, apesar de existirem algumas legislações em nível nacional.

No caso do Japão, por exemplo, um Acordo Voluntário pode prevalecer à uma legislação nacional. Estabelece-se, desta forma, um conflito de competência, podendo levar ao não cumprimento da lei.

Apesar dos problemas ambientais apresentarem-se regionalmente, eles constituem uma preocupação não só nacional, como internacional; portanto, há necessidade de se estabelecer uma Política Nacional para a proteção ao meio ambiente, pois a poluição de uma região pode afetar a outras, principalmente em se tratando de poluição do ar e das águas.

O Japão elaborou a *1993 Basic Environmental Law* e a China preparou a sua Agenda 21 - *White Paper on China's Population, Environment and Development*, o que já é um começo, mas não é o bastante.

O crescimento da economia chinesa é uma grande preocupação do Japão, o que o levou a enviar uma missão diplomática, ligada ao meio ambiente, formada por membros da *Environmental Agency*, Ministério Exterior, MITI e organizações não-governamentais, à China, em junho, para estudar como a China pode enfrentar as pressões sobre a questão ambiental associadas ao crescimento.²⁷

O problema ambiental deve, cada vez mais, deixar de ser uma questão de legislação para ser uma conscientização de todos, principalmente dos industriais. Mas, para isto, é necessário um amplo programa de Educação Ambiental não necessariamente em nível formal, mas através de cartilhas, panfletos, propagandas, que com certeza custam muito menos do que ressarcir vítimas.

²⁶ *Japan: Mechanics...*, cit., p. 2.

²⁷ *Japan: International...*, cit., p. 1.

SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL NO BRASIL E NA ARGENTINA : UMA COMPARAÇÃO

Váagner Camilo Alves*

Introdução

O tema sistemas eleitorais é dos mais abrangentes e fascinantes dentro do universo de estudo das questões jurídicas e políticas. As fórmulas engendradas para que uma dada população se faça representar em uma assembléia nada tem de natural. Cada regra quanto à forma, local onde se efetua e contagem dos votos; bem como à repartição de vagas a serem preenchidas pelos partidos competidores trazem conseqüências indelévelis no resultado eleitoral apresentado, ou seja, na composição político-partidária atingida.¹

Os sistemas eleitorais adotados nas modernas democracias representativas pertencem a dois grandes grupos: sistemas majoritários e sistemas proporcionais. Existem dezenas de livros e artigos que explicam com detalhe e enorme competência as características básicas, assim como os principais prós e contras de cada sistema. O resumo que se segue tem como único objetivo introduzir aqueles leitores completamente desfamiliarizados com o assunto neste universo, não mais do que isso.

Em termos bem rápidos e simplificados, sistemas majoritários são aqueles onde se elege o candidato que obtém a maioria dos votos, podendo ser esta,

* Bacharel em Direito e Mestre em Relações Internacionais, ambos pela PUC-Rio.

¹ Para melhor compreensão do impacto das normas eleitorais escolhidas nos resultados dos pleitos políticos, recomendo a leitura de Rein TAAGEPERA & Matthew Soberg SHUGART, *Seats and Votes - The Effects and Determinants of Electoral Systems*. New Haven: Yale University Press, 1989; especialmente o Cap. 1, "Why Study Electoral Systems", pp. 1 a 6.

dependendo da norma adotada, relativa ou absoluta. Nas eleições para a Câmara Baixa do Parlamento, via de regra, os países que adotam tal sistema têm seu território inteiramente dividido em pequeninos distritos uninominais, o que significa que aí se elegerá apenas um representante (é o caso dos Estados Unidos, Reino Unido e França). A representação majoritária é a mais antiga em termos históricos, ligando-se a uma época onde a representação era feita sob critérios eminentemente espaciais, territoriais.

Os sistemas proporcionais surgiram como uma evolução no conceito e sentido da representação. Basicamente duas questões novas pediam tratamento. A primeira era o surgimento, de fato, das agremiações políticas modernas. Com a primazia destas instituições no cenário político, passava a ser necessário que a representação transcendesse seu caráter individual, estreitamente atado a um território, distrito, e levasse em conta também as principais correntes e grupos ideológicos existentes, presentes muitas vezes no país inteiro. Em segundo lugar, um conceito mais sofisticado de democracia pedia a representação no governo não só da maioria, mas também das minorias. Com o fito de responder a estas demandas, os sistemas proporcionais têm como base a realização de eleições em circunscrições maiores, multinominais (vários representantes são escolhidos numa mesma circunscrição), elegendo uma assembleia que procura espelhar o mais fidedignamente possível o resultado eleitoral obtido.

A relação de causa e efeito existente entre a representação partidária de uma hipotética Câmara de Deputados e o sistema eleitoral utilizado para eleger tal Câmara é inegável. Um sem número de estudiosos e pesquisadores dedicaram-se a traçar paralelismos entre o sistema eleitoral adotado e os resultados materiais das eleições realizadas sob aquele sistema. Dentre estes, destacam-se Maurice Duverger e Giovanni Sartori, que erigiram verdadeiras leis sociológicas concernentes à relação entre os sistemas eleitorais e a estruturação do sistema partidário. Resumidamente, existiria uma nítida tendência para formação de parlamentos multipartidários nos sistemas de representação proporcional, enquanto nos sistemas majoritários a vocação primordial seria para a eleição de Câmaras bipartidárias, tendência esta amainada se o sistema majoritário adotado fosse o de maioria absoluta, ou eleição em dois turnos.

Na América Latina, praticamente todos os países adotam alguma forma de representação proporcional em suas eleições legislativas.² Torna-se, portanto, fascinante comparar os efeitos de um sistema eleitoral similar entre países que, a despeito das diferenças, *vis-à-vis* outras regiões do mundo, têm particularidades e congruências tais a ponto de formar um subconjunto cultural e civilizacional próprio, específico. Realizando tais comparações, podemos, tomando como

² As exceções na região são o Chile e o México. Ver Dieter Nohlen y Bernhard Thibaut "Sistemas Electorales y Sistemas de Partidos : Apuntes para el debate sobre reforma electoral" in Luiz PEDONE (org.). *Sistemas Eleitorais e Processos Políticos Comparados - A Promessa de Democracia na América Latina e Caribe*. Brasília: OEA, CNPq e UnB, 1993. p. 23.

referência as "leis" de Duverger e Sartori, analisar e inferir até que ponto elas têm aplicabilidade nos casos em questão.

Tendo em mente a feitura de um estrito exercício de comparação, procurei recortar e também limitar da melhor forma possível meu objeto de análise. Envio nesta idéia, escolhi comparar os sistemas eleitorais proporcionais argentino e brasileiro, utilizados nas eleições para a Câmara Baixa Federal dos respectivos países.

Primeiramente, procurarei discriminar os detalhes e preceitos dos respectivos sistemas proporcionais (é necessário frisar que existe uma miríade de variáveis dentro dos tipos proporcionais, que diferenciam sobremaneira os resultados político-eleitorais obtidos entre si), sempre salientando as semelhanças e distinções entre eles.

O próximo passo é o exame da configuração partidária existente na Câmara de Deputados dos dois países. Para isto serão utilizados os últimos resultados eleitorais existentes nos dois países, ainda que vez por outra a narrativa possa ser pontuada com exemplos eleitorais mais antigos, desde que realizados sob normas eleitorais mais ou menos similares às descritas atualmente.

Finalmente, na conclusão, retornarei às premissas de Duverger e Sartori, procurando atestar o quanto elas são aplicáveis aos casos aqui estudados, e que outras variáveis intervenientes poderiam ser levadas em consideração, além dos sistemas eleitorais, na análise da composição político-parlamentar destes países, ou de outros.

I. Regras de Proporcionalidade no Brasil e na Argentina

Tanto Brasil como Argentina utilizam o sistema proporcional há mais de uma década em suas eleições legislativas. Apresentam, por isso, um tempo razoável de experimentação do modelo, sob vigência de regras democráticas (ou, para usar a terminologia de Dahl, poliárquicas)³. A Argentina, no entanto, apresenta uma história institucional muito mais tumultuada do que a brasileira, com alguns períodos de interrupção da prática eleitoral e muitas mudanças nas regras eleitorais, mudanças estas inclusive de sistema eleitoral.⁴ A própria Constituição do país, datada de 1853, mas que teve modificações substanciais em 1994, nada dispõe sobre o sistema eleitoral a ser usado para a escolha dos deputados federais. Ele está consagrado no atual Código eleitoral argentino. O sistema proporcional foi o utilizado em todas as eleições parlamentares realizadas no país desde sua redemocratização, em 1983.

³ Ver, para discussão desta questão, Robert A. Dahl, *Poliárquia*. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

⁴ Não houve eleições para deputados federais de 1965 à 1973, e deste ano até 1983. Consultar Marta León-Roesch y Daniel Savoilovich "Argentina" in Dieter NOHLEN, *Enciclopedia Electoral Latinoamericana y del Caribe*. San Jose (Costa Rica) : IIDH, 1993. p. 12.

O sistema proporcional tem, no Brasil, uma história muito mais longa. O atual sistema eleitoral proporcional, exatamente como será descrito mais abaixo, data do ano de 1950 e foi empregado praticamente sem alterações até hoje.⁵ Mesmo durante o período da ditadura militar (1964-1985), os métodos de restrição à democracia não atingiram o sistema eleitoral vigente, que se manteve em uso. Foram realizadas eleições nos anos mais "negros" da ditadura (1970 e 1974, por exemplo). As restrições eleitorais eram normalmente forçadas via legislação partidária, que literalmente impôs ao eleitorado nacional, de cima para baixo, um sistema bipartidário.

O sistema proporcional está elencado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 45 *caput*, como o sistema eleitoral em vigor para a escolha dos deputados federais. As regras pormenorizadas deste sistema se encontram no atual Código Eleitoral, datado de 1965.

Para facilitar a comparação, apresento os respectivos sistemas proporcionais de acordo com as seguintes variáveis:

a) Formas de votação

Tanto no Brasil como na Argentina o eleitor tem apenas um voto (existem países onde, numa mesma cédula, vota-se duas vezes, como é o caso da Alemanha). Os partidos apresentam lista de candidatos regionalmente, com tantos nomes quanto forem o número de cadeiras a serem disputadas naquela circunscrição. Existe, entretanto, uma diferença fundamental no tipo de lista adotado no Brasil e na Argentina, e conseqüentemente na capacidade de escolha do eleitor destes países. A lista partidária argentina é fechada e bloqueada. Os candidatos e a hierarquização deles dentro da lista é feita exclusivamente pela burocracia partidária. O voto na lista de um determinado partido importa na anuência, pelo eleitor, do ordenamento dos candidatos feito pelo partido. Ao final da eleição, as cadeiras que o partido fizer jus, de acordo com sua proporção de votos, serão ocupadas a partir do topo da lista, num escalonamento realizado de cima para baixo. A lista fechada é a mais comum dentre os países que adotam o sistema proporcional, e tem efeito fortalecedor para os partidos políticos.

No Brasil, a lista partidária adotada é aberta. O eleitor tem a opção de votar na legenda ou num candidato específico. O voto num candidato traz embutida a escolha de seu partido. No entanto, os primeiros eleitos de cada lista partidária são aqueles que obtiveram mais votos individualmente. A lista aberta, ao mesmo tempo em que dá ao eleitor um potencial de escolha muito grande, enfraquece as estruturas partidárias, já que além dos partidos não possuem qualquer controle sobre quais os candidatos serão, de fato, eleitos, ocorre um

⁵ Jairo Marconi NICOLAU, *Sistema Eleitoral e Reforma Política*. Rio de Janeiro: Foglio Editora, 1993. pp. 77 e 78.

fomento à violenta disputa intrapartidária por votos, visto que os candidatos de um mesmo partido estão competindo pelas vagas que este partido fará jus pela regra da proporcionalidade.

b) Tamanho da circunscrição onde serão efetuadas as eleições

De acordo com ditame concernente à proporcionalidade, ela será sempre maior, ou seja, mais fidedignamente proporcional, quanto maior for a circunscrição eleitoral utilizada. Contrário senso, quanto mais fragmentado o país em circunscrições eleitorais, maior será a distorção da proporcionalidade de seu sistema eleitoral proporcional.

Neste quesito, tanto Brasil como Argentina adotam regra similar. Nos dois países, a circunscrição eleitoral nas eleições nacionais coincide com a divisão político-federativa do país. Isto significa que os deputados federais brasileiros são eleitos sempre por estados, enquanto seus pares argentinos o são pelas províncias.

Os dois países tem outro ponto similar envolvendo esta questão. Existe séria e, podemos mesmo dizer, politiqueria limitação constitucional ao princípio da proporcionalidade, no sentido do número de cadeiras que cada estado ou província têm no parlamento nacional.

De acordo com o art. 47 da Constituição argentina, de tempos em tempos realizar-se-á senso em todo o país, e a bancada parlamentar de cada província na Câmara de Deputados será ajustada de acordo com o percentual de sua população frente ao total nacional. Entretanto, a Constituição, em seu art. 46, já havia disposto sobre o número de deputados que cada província teria na primeira legislatura. É entendimento doutrinário a impossibilidade de se diminuir o número de representantes de qualquer província, bem como o de consignar a uma nova província criada um número de deputados na Câmara nacional menor do que o da província com a menor representação nacional.⁶ Isto significa que existe uma limitação constitucional mínima de dois representantes para cada província. Na prática, as que possuem menor representação tem bancada parlamentar composta por quatro deputados (como a Câmara de Deputados é renovada pela metade a cada dois anos - art.50 da Constituição - cada província elege atualmente um mínimo de dois representantes a cada eleição).

No Brasil, a limitação é mais clara, explícita, e diz respeito tanto ao número mínimo como máximo de deputados a serem eleitos por cada estado. De acordo com o parágrafo 1º do art. 45 da Constituição, nenhuma unidade da federação pode ter menos de 8 ou mais de 70 representantes.

O resultado prático disto é, em ambos países, a super-representação dos estados/províncias mais desabitados, e a sub-representação dos mais populosos.

⁶ Helio Juan ZARINI, *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 568.

Na Argentina, um voto na Terra do Fogo, em eleições para deputados federais, equivale a quase nove votos na província de Buenos Aires.⁷ No Brasil, a distorção ao princípio jurídico do um homem/um voto é ainda maior. O voto de um eleitor do Amapá vale 33 vezes o de seu par em São Paulo.⁸

A solução deste problema é simples e puramente política, por isso o defini como obra de "politicagem". Bastaria a eliminação das restrições constitucionais existentes, e a realização das eleições para deputados em circunscrição única, nacional, como ocorre em Israel e nos Países Baixos.⁹ Caso existissem objeções federativas neste sentido, poder-se-ia manter as eleições no âmbito estadual/provincial, bastando que a contagem de votos e cálculo para distribuição de cadeiras entre os partidos fosse efetuada nacionalmente, como ocorre na Alemanha.¹⁰

c) Procedimento de escrutínio dos votos

Aqui, também, Brasil e Argentina adotam procedimentos muito similares. Realiza-se primeiro o cálculo do quociente eleitoral, resultado da divisão do número de votos válidos pelo número de cadeiras disputadas. No Brasil, até a última eleição, os votos em branco contavam no cálculo do quociente eleitoral, assunto que será tratado no próximo tópico.

Como já vimos, o cálculo do quociente eleitoral e a distribuição de cadeiras são realizados no âmbito estadual/provincial. O número de votos obtido por cada lista partidária é dividido pelo quociente eleitoral daquela circunscrição, dando como resultado o número de deputados que cada partido elegerá. Como este número quase certamente é fracionário, existe sempre o problema das sobras, as cadeiras que restaram após a repartição feita entre os partidos. A regra adotada nos dois países é a mesma. As sobras são distribuídas através do método D'Hont de maiores médias.¹¹

d) Corretivos ao sistema proporcional

Neste quesito trataremos daquelas medidas constituídas com o intuito de depurar os sistemas proporcionais do que se entende como excessos do sistema.

⁷ Cálculos feitos a partir de dados do Ministério do Interior Argentino na Internet, relativos à eleição para deputados federais realizada em 26/10/1997.

⁸ Jairo Marconi NICOLAU, op. cit., p. 86.

⁹ Rein TAAGEPERA & Matthew Soberg SHUGART, op. cit, Tabela 12, pp. 136 e 137.

¹⁰ Em minha monografia de final de curso, apresento e desenvolvo um pouco mais este argumento. Consultar, de minha autoria, *Sistemas Eleitorais - Uma Visão Crítica e Comparativa entre os Modelos Alemão e Brasileiro*. Rio de Janeiro, PUC-RJ, mimeo, 1995. pp. 24 e 25.

¹¹ A mecânica, eminentemente matemática, deste sistema de distribuição de sobras, demandaria um exemplo hipotético e certo espaço, o que, penso, foge do objetivo precípuo deste artigo. Aos interessados, sugiro consulta à monografia supracitada de minha autoria, pp. 14 à 17, onde trato desta questão com mais detalhe e vagar.

Dentre estes, destaca-se a produção de parlamentos excessivamente fragmentados em termos partidários.

O cálculo do quociente eleitoral no Brasil, levando em consideração os votos em branco, enquadra-se aqui. Esta regra torna mais difícil aos pequenos partidos a obtenção de cadeiras no parlamento, já que o quociente se torna artificialmente maior. Simultaneamente e como consequência, existe a premiação dos grandes partidos, que aumentam sua representação na Câmara de Deputados.

O método clássico para expurgar o parlamento de um nocivo excesso de representação partidária em termos numéricos é a instituição da chamada cláusula de exclusão, inexistente no sistema eleitoral brasileiro.

Na Argentina, as listas partidárias, para conseguirem representação, devem obter, no mínimo, 3% do total de votos válidos. Teoricamente, isto pode ser designado como cláusula de exclusão. No entanto, como este cálculo é feito no âmbito provincial, seu significado prático é quase nulo, já que o número de vagas disputadas, sendo pequeno, torna impossível a conquista de uma simples cadeira por qualquer partido que tenha obtido menos de 3% dos votos válidos. A única exceção seria a província de Buenos Aires, a maior em termos de bancada na Câmara, onde a cada biênio são eleitos 35 deputados, o que torna possível, ainda que muito pouco provável, a eleição de um deputado por um partido que obteve 2,86% dos votos válidos dados às listas partidárias.

A cláusula de exclusão tem real efetividade se aplicada quando um número bem grande de cadeiras estiver em disputa. Isto acontece, geralmente, quando ela incide sobre todas as cadeiras em disputa nacionalmente. Na Alemanha, por exemplo, um mínimo de 5% dos votos válidos em âmbito nacional é exigido para que os partidos consigam representação no parlamento nacional. Em termos práticos, isto significa que os partidos representados proporcionalmente devem eleger uma bancada mínima de 33 deputados. Obs.: Existe uma exceção a esta regra no sistema eleitoral alemão. Caso o partido eleja, pelo menos, três deputados distritalmente, ele se fará representar na Câmara nacional, a despeito do número de votos conseguido por sua lista partidária.¹²

II. Composição Partidária da Câmara de Deputados Brasileira e Argentina

Todas as eleições legislativas realizadas nos anos 90, em ambos países, ocorreram de acordo com as normas anteriormente descritas, num clima de sedimentada competição democrática entre os partidos.

No Brasil houve eleições em 1990 e 1994. O exame destas nos mostra uma excessiva pulverização partidária resultante em nossa Câmara. Não me refiro a existência legal de uma miríade de partidos políticos no país, mas à

¹² Jairo Marconi NICOLAU, op. cit., p. 50.

capacidade destes em conseguir eleger representantes para o parlamento nacional.

Como resultado do pleito de 1990, 19 partidos conquistaram cadeiras na Câmara de Deputados, enquanto após 1994 este número caiu para representativos 18. Muito mais grave, entretanto, é a inexistência de um partido majoritário na Câmara, ou mesmo de dois partidos que tenham número preponderante de cadeiras. Na Câmara eleita em 1990, o maior partido (PMDB) tinha 20% das cadeiras, seguido pelo PFL com 16,3%. Para composição de uma coligação partidária majoritária seria necessário a presença de, pelo menos, 4 partidos, incluindo-se a presença obrigatória dos dois maiores. Com a renovação parlamentar de 1994, o cenário geral pouco ou nada mudou. O PMDB continuou sendo o partido com maior representação, conseguindo 21% das cadeiras, seguido pelo PFL com 16,8%.¹³ Em termos de aquisição de maioria parlamentar, a única coligação de três partidos possível seria uma englobando PMDB, PFL e PSDB, os três maiores partidos na Câmara.

Este é o retrato de uma realidade multipartidária por excelência, vista por muitos estudiosos do assunto como extremamente deletéria à governabilidade. Tomando-se como exemplo formas de governo presidenciais, como Brasil e Argentina, o poder Executivo precisaria, para formar um bloco governista majoritário na Câmara, negociar com um número substancial de lideranças políticas, muitas vezes de espectro e tendências ideológicas divergentes, o que comprometeria a ação do governo como um todo e, muitas vezes, a própria mecânica referente ao funcionamento tranqüilo e democrático da relação entre os Poderes da República.

Os resultados eleitorais na Argentina guardam certa semelhança com os brasileiros, mas apresentam também significativa diferença. Desde o retorno às eleições parlamentares no país, em 1983, a Câmara de Deputados argentina tem guarnecido sempre mais de 10 partidos em seu seio. Deve-se frisar que lá, ao contrário do Brasil, existem muitos partidos regionais, muito fortes em suas províncias, o suficiente para conseguirem fazer-se presentes no Congresso Nacional, ainda que com uma representação ridícula em termos nacionais. Este fato denota o forte regionalismo ainda existente no país, herança de sua história de formação como Estado-nação, onde a conflituosa relação entre Capital (Buenos Aires) - Interior (Províncias) era dos fatores mais conspícuos.

Nas últimas eleições, realizadas em outubro de 1997, as 127 cadeiras em disputa foram ocupadas por 14 partidos.¹⁴ No entanto, diferente do ocorrido no Brasil, na Argentina os dois maiores partidos tem tido, reiteradamente, representação substancial. Até as eleições de 1995, o partido Justicialista e a União Cívica Radical (UCR) tinham, juntos, sempre mais de 80% da

¹³ Wanderley Guilherme dos SANTOS, *Série Estudos "Da Oligarquia à Poliarquia - Competição Eleitoral e Processos "Não-Encarceráveis" n.º 95*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997. pp. 7 e 14.

¹⁴ Dados do Ministério do Interior Argentino na Internet.

representação da Câmara de Deputados nacional.¹⁵ Nas eleições de 1995, uma nova e importante força partidária surgiu (a FREPASO, Frente País Solidário), recebendo quase 21% dos votos válidos dados às listas partidárias, percentual aproximadamente igual ao conquistado pela segunda maior força política então, a UCR.¹⁶ Ainda assim, na composição da Câmara de Deputados argentina, as duas maiores e históricas forças partidárias¹⁷ agrupavam 77% das cadeiras, enquanto a FREPASO, a terceira força política, não chegava a ter 10% da representação.¹⁸

Na eleição deste ano, a UCR e a FREPASO uniram-se nas principais províncias do país, e a coligação, denominada ALIANÇA, formará o bloco oposicionista na Câmara. Apesar de vitoriosa, sua representação ainda será menor do que a do partido governista (deve-se lembrar que somente metade do Congresso é renovado a cada eleição). A ALIANÇA será representada na Câmara por 106 deputados, enquanto o justicialismo terá 119 representantes.¹⁹ Em conjunto as duas forças políticas têm mais de 87% da representação na Câmara de Deputados argentina.

Sem dúvida é ainda muito cedo para afirmarmos se a composição parlamentar argentina manterá esta configuração dicotômica, ou se existirão cisões na coalizão oposicionista recém formada, fazendo com que o sistema partidário nacional caminhe para uma forma de bipartidarismo imperfeito, com duas forças políticas maiores, mais uma terceira, não tão grande, mas bem visível e atuante, tendência esta apontada no pleito de 1995.

Se tomarmos a história recente do país como "juiz" desta questão, a configuração política manter-se-á bipartidária.²⁰

Conclusão

Devemos agora retornar ao proposto na introdução do trabalho, questionando até que ponto as "leis sociológicas" apresentadas por Duverger e referendadas por Sartori tem aplicação nos casos brasileiro e argentino.

¹⁵ Marta Leon-Roesh y Daniel Savoilovich, op. cit. p.40; e Rubén José MERCADO, *Historia de los Partidos Políticos*. Buenos Aires: Ediciones Theoria, 1996. pp. 288 e 289.

¹⁶ James W. WILKIE, Catherine KOMISARVK e José Guadalupe ORTEGA (Editores), *Statistical Abstract of Latin America* Vol. 32. Los Angeles: UCLA, 1996. p. 282.

¹⁷ A UCR tem suas origens como agremiação partidária em fins do século passado! O Partido Justicialista foi criado durante a presidência de Juan Perón, em fins dos anos 40, início dos 50. Rubén José MERCADO, op. cit., pp. 16 e 81 a 94.

¹⁸ Jornal "Clarín", 28/10/1997. p. 16.

¹⁹ Jornal "Clarín", 28/10/1997. p. 16.

²⁰ Ressalto que o conceito de bipartidarismo utilizado aqui não se resume à simples contagem do número de partidos representados, o que desclassificaria de pronto a Argentina do grupo, e que abarcaria somente países como os Estados Unidos e, possivelmente, o Reino Unido. O conceito usado neste trabalho, para avaliação do número de partidos de um parlamento, leva em consideração, fundamentalmente, a representatividade que estes partidos têm na Assembléia nacional, ou seja, quantos partidos realmente importantes existem.

Como vimos, os sistemas proporcionais adotados nos dois países são muito similares, salvo importantíssima exceção, qual seja, a adoção de tipologias de lista partidária distintas. Sem dúvida, a lista aberta, utilizada no Brasil, incrementa a suposta tendência ao multipartidarismo existente nos sistemas proporcionais.

Aparando as arestas, entretanto, podemos declarar que os sistemas eleitorais adotados pelos dois países são praticamente iguais. A despeito disto, a configuração partidária existente no parlamento dos dois países não o é. Enquanto a Câmara de Deputados brasileira é nitidamente multipartidária, sendo necessário coligações com substancial número de partidos para consagração de maioria; a Câmara argentina configura-se bipartidariamente, ou pelo menos, em termos de um bipartidarismo imperfeito.

Tendo-se isto em mente, podemos dizer que os ditames de Duverger são bem corretos em relação ao caso brasileiro, mas não tem aplicação para o caso argentino.

Os cientistas políticos Taagepera e Shugart, no entanto, interpretam as "leis" de Duverger de uma forma muito mais sutil e rebuscada. Na verdade, o autor francês apenas teria dito que os sistemas proporcionais normalmente espelham uma realidade que é latente no meio social, ao contrário dos sistemas majoritários, que distorcem sobremaneira os resultados eleitorais, e tendem, condicionando até psicologicamente o eleitorado, a formar assembleias bipartidárias ou com um número menor de partidos.²¹ A Áustria, por exemplo, apesar de adotar o sistema proporcional, não tem configuração parlamentar multipartidária, por razões próprias à sua história e conformação social. Aqui se poderia incluir também a Argentina.

Aceitando-se esta interpretação, muito mais nuançada do que a descrita no princípio do artigo, ao mesmo tempo em que se "salva" os ditames de Duverger de uma possível falsificação, atesta-se a completa impotência deles para explicar qualquer resultado eleitoral, seja o bi ou o multipartidário, através da análise do sistema eleitoral para casos onde o sistema proporcional é o estudado. Na verdade, transfere-se a explicação, nestes casos, para outras variáveis, muitas das quais bem mais difíceis de serem comparadas, como cultura política, grau de tolerância no seio das sociedades, presença ou não de minorias étnicas ou regionais dentro dos países etc.

Com a abertura do assunto para outras variáveis, intuitivamente volto-me para uma área que, pelo menos em relação ao Brasil, tem grande parcela de responsabilidade na excessiva fragmentação partidária existente no país: a legislação partidária.

²¹ Rein TAAGEPERA & Matthew SOBERG SHUGART, op. cit., p. 65.

No Brasil, existe uma legislação partidária altamente permissiva, que fomenta a fraqueza estrutural dos partidos, e a proliferação de microlegendas. Estas, ainda que muitas vezes tenham vida breve, podem em dado momento participar ativamente da vida política nacional (vide caso do PRN, partido do ex-presidente Fernando Collor). A legislação que regula a possibilidade de coligações durante eleições²², por exemplo, enseja a criação destas microlegendas, que podem "tomar carona" junto a um grande partido e conseguir eleger representantes, driblando a barreira posta pelo quociente eleitoral. Efeito ainda mais nocivo tem a falta de qualquer legislação tratando sobre fidelidade partidária. O mandato é uma espécie de propriedade do deputado eleito, e sua defeção partidária não encontra qualquer barreira legal. O resultado prático disto pode ser facilmente mensurável. De cada dez deputados eleitos em 1994, três trocaram de partido, a maior parte dos quais por interesses exclusivamente individualistas e aproveitadores.²³

Certamente a permissiva legislação partidária existente é, em grande medida, causa do excessivo multipartidarismo brasileiro. O sistema eleitoral proporcional não seria, presume-se, o principal "culpado" nesta história.²⁴

Um estudo mais detalhado da legislação partidária seria necessário, mas além da falta completa de informações e dados sobre a legislação partidária na Argentina, este assunto foge do escopo deste trabalho, que pretendia somente comparar sistemas eleitorais. De qualquer forma, vale como possível caminho a ser trilhado pelos interessados em pesquisar, estudar e pensar as questões eleitorais e partidárias.

²² Tais normas, apesar de seu conteúdo eleitoral, não fazem parte do assunto "sistemas eleitorais" em seu sentido estrito. Tem relação estreita com a questão partidária, ainda que também não possam ser consideradas como normas partidárias, também em sentido estrito.

²³ "Jornal do Brasil", 28/09/1997.

²⁴ Ver, para apoio a este argumento, Jairo Marconi NICOLAU, op. cit., Cap. 7.

A PROBLEMÁTICA DA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Vânia Aieta*

Introdução

Existe uma convicção, geralmente compartilhada, de que o problema da fundamentação dos direitos humanos seja uma etapa já vencida.

A referência ao tema impõe-se obrigatoriamente nos textos constitucionais contemporâneos, não obstante qual sistema político esteja em questão.

Apesar de tal constatação apresentar "ares de triunfo" no tocante ao alcance da positivação de antigas demandas da história do constitucionalismo, é também, inegável o fato de que as declarações constitucionais de direitos e liberdades sejam objeto de constantes violações.

Por essa razão, o enfrentamento prioritário dos que advogam a defesa dos direitos humanos extrapola o universo da mera justificação, como em tempos passados, ressurgindo no âmbito da eficácia, para o asseguramento de sua real proteção.

Assim sendo, numa abordagem acerca da fundamentação, torna-se importante ressaltar o elo existente entre a expressão normativa dos direitos humanos e os pressupostos que lhes servem de alicerce. Entre os mais variados pressupostos, a fundamentação filosófica ocupa um espaço de evidente relevância. No entanto, ao analisar as disparidades existentes nos pressupostos

* Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio e doutoranda em Direito Constitucional pela PUC-SP.

filosóficos ou ideológicos funcionam como sustentáculo para o processo de positivação de direitos e liberdades em sistemas políticos diferentes, chega-se à conclusão de que a idéia de fundamentação dos direitos humanos como "ponto já alcançado" é uma absoluta ilusão.

Na verdade, a falsa convicção da fundamentação como *etapa vencida* é perigosa para a consolidação da democracia e caberá aos estudiosos do tema o oferecimento de objeções a tal postura.

1. A Busca da Eficácia

Para que a proteção dos direitos humanos logre êxito e torne-se eficaz, é mister a imposição, *no plano político*, de uma ambiência de democracia política e econômica que norteie a busca efetiva por esses direitos. Já, *no plano jurídico*, faz-se necessária a existência de instrumentos e mecanismos de garantia que propiciem o seu respeito. No *plano sociológico*, a sensibilização da opinião pública é fator *sine qua non* para que, através da ação dos chamados grupos de pressão sobre o Poder Público, se alcance um "status" de influência social no processo de construção da opinião advinda das expectativas do *imaginário social* da coletividade em questão.

NORBERTO BOBBIO nos adverte que apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ser considerada como uma prova ímpar e cabal de que um sistema de valores possa ser fundado e reconhecido como manancial para o alcance de um consenso geral que propicie a transformação de demandas coletivas em direitos fundamentais, este argumento só explicará como foi possível alcançar um consenso sobre a aclamação de direitos e liberdades básicas, condenando à penumbra outro problema central no tocante à fundamentação dos direitos humanos: *a sua razão de ser*¹.

A problemática da fundamentação dos direitos humanos suscita muita controvérsia: para os realistas é visto como tema supérfluo por "já estar resolvido" e, para os positivistas é considerado como inútil por "ser irresolúvel".

As posturas positivistas refletem teorias metaéticas muito difundidas no pensamento contemporâneo, impugnando a possibilidade de uma demonstração científica e, portanto, de uma fundamentação racional de valores. As teses positivistas surgem da idéia de que os juízos de valor, especialmente os morais, não são suscetíveis de serem considerados como VERDADE ou MENTIRA, por não se referirem ao mundo de SER, não sendo portanto verificáveis empiricamente. Esse entendimento é compartilhado pelos neopositivistas de Viena e Berlim, pelos realistas escandinavos e uma por boa parte dos estudiosos de linguagem moral no pensamento anglo-saxão.

¹ Norberto BOBBIO, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, ADH, Madrid, 1981, p. 10.

OPPENHEIM vaticinou o alcance das teses metaéticas, indicando que, em conformidade com suas premissas, os princípios éticos básicos não possuem "status" cognoscitivo e, portanto, não são cognoscíveis como falsos ou verdadeiros em razão de não afirmarem nem negarem nada². A partir da análise oppenheimiana, nasce o entendimento de que os valores éticos, jurídicos e políticos não podem almejar uma validade geral, objetiva ou intersubjetiva, já que estão condenados a expressar convicções limitadas, de caráter subjetivo e pessoal³. As posturas relativistas a respeito dos valores subjetivos podem ser consideradas como variantes da análise oppenheimiana acerca do não-cognoscitivismo.

Ao analisar a problemática em questão, MAX WEBER classifica como ingênua a crença de que princípios básicos das ciências sociais possam produzir regras que solucionem problemas práticos por não existirem pressupostos científicos, racionais ou empíricos, que permitam uma decisão final acerca de "valores". A análise weberiana conduz ao entendimento de que em todos os momentos em que seja necessário escolher entre valores antagônicos, deve-se partir do princípio de que ambas situações são igualmente legítimas em razão de que nenhuma delas pode ser mais ou menos verdadeira ou justificável em comparação com a outra.

HANS Kelsen sustentou entendimento análogo. Para ele, o relativismo filosófico, fiel às suas premissas empíricas, descarta a possibilidade de entender o absoluto por ser inacessível à experiência humana. A análise kelseniana distingue, com clareza, a realidade do valor, classificando como relativas as diferentes crenças religiosas ou político-ideológicas, sempre apresentadas na forma de juízos de valor subjetivo. Kelsen afirmava que "*la justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre*"⁴.

Outro vetor importante do não cognoscitivismo é a tese emotivista sustentada por pensadores neopositivistas como CARNAP e AYER. Segundo AYER: "*Al decir que un tipo de acción es justa o injusta, no estoy haciendo un enunciado fáctico, ni tampoco un enunciado sobre mi propia actitud mental. Simplemente expreso ciertos sentimientos morales*"⁵.

A concepção emotivista da ética tem sido defendida também por CHARLES STEVENSON, que, ao analisar a linguagem moral, demonstrou que nos juízos de valor a resposta (por parte de quem escuta) e o estímulo (por parte de quem fala) se traduzem em uma determinada manifestação de emoções⁶.

² F. E. OPPENHEIM, *Ética y filosofía política*, trad. cast. de A. Ramirez y J. J. Utrilla, FCE, México, 1976, p. 37.

³ *Ibidem*.

⁴ Hans Kelsen, *Qué es Justicia?*, trad. cast. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, p. 59.

⁵ A. J. AYER, *Language, Truth and Logic*, Dover Publications, New York, 2ª ed. 1964, p. 107.

⁶ Charles STEVENSON, *Facts and Values*, Yale University Press, New Haven, 1963, p. 86.

Dessa forma, a afirmação por parte de um sujeito de que algo é "bom" significa a aprovação de quem a formula (emoção estimativa) assim como o desejo de que os demais compartilhem dessa estimativa (emoção persuasiva)⁷. A projeção do *emotivismo* axiológico ao Direito se deve, principalmente ao *realismo escandinavo* e, especialmente, aos expoentes da Escola de Uppsala como AXEL HÄGERSTRÖM, entre outros⁸.

É evidente que a partir dos pressupostos não cognocitivistas torna-se impossível a fundamentação dos direitos humanos. Isto significa que em determinadas ocasiões, estas teses são úteis para evidenciar a falta de rigor de algumas doutrinas dirigidas a fundamentá-los e que dificilmente contribuem para justificá-los.

Destarte, nem o *realismo*, ao considerar a problemática da fundamentação dos direitos humanos como algo resolvido, nem o *positivismo*, que o considera irresolúvel são capazes de oferecer o bastião teórico adequado para enfocar o problema. As posturas realistas centralizam a sua problemática na obtenção de elementos mais adequados para realizá-los enquanto o positivismo jurídico, descarta a possibilidade de estabelecer premissas racionais que justifiquem os direitos humanos. Assim sendo, a tarefa a ser realizada consiste na análise das técnicas formais de positivação através das quais estes direitos alcançam "*status normativo*" nos ordenamentos jurídicos dos mais distintos sistemas políticos.

Diante do exposto, evidencia-se a íntima interseção existente entre a fundamentação dos direitos humanos e o jus-naturalismo, na sua acepção funcional, aberta e deontológica.

CRAWFORD B. MAC PHERSON fundamenta que qualquer doutrina acerca do tema direitos humanos se constitui de certa forma, como uma doutrina jus-naturalista, implicando em reconhecer que esses direitos devem ser concedidos doutrinariamente como espécie do direito natural e que nem o direito positivo nem o costume constituem fundamento suficientemente capaz de alicerçá-los⁹.

2. A Fundamentação dos Direitos Humanos - Teoria e Praxis

A polêmica acerca da fundamentação dos direitos humanos é atual e vigente, pois os argumentos do debate, possuem inserção prática.

A fundamentação objetivista dos direitos humanos contribuiu decisivamente para a construção doutrinária e jurisprudencial de uma teoria de

⁷ *Ibidem*.

⁸ E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo*, I, Axel Hägerström, Cooperativa Libreria Universitaria Editrice, Bologna, 1974, p. 58.

⁹ Crawford B. Mac Pherson, *Los derechos naturales em Hobbes y en Locke*, *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, n. 5, 1965, p. 191.

valores, regras e princípios que possui validade objetiva, absoluta e universal, independente das experiências individuais e das consciências valorativas.

Essa teoria concebe os direitos humanos pela via constitucional, positivando-os e consagrando-os como *direitos fundamentais*. Nesse sentido, apresentam-se como um sistema de valores objetivos dotados de unidade material, como a suprema expressão de ordem axiológica de uma comunidade.

A interpretação da Constituição e de seus direitos aclamados como fundamentais deve, por essa tese, se reconduzir aos princípios axiológicos objetivos que determinam o alcance das virtuais situações individuais¹⁰.

A principal virtude das teses objetivistas se encontra na sua pretensão de fundamentar os direitos humanos em valores objetivos não submetidos à discussão em razão de sua evidente conexão metafísica com o absoluto, o que significará também, a sua maior limitação.

Das diversas teorias éticas que surgem de premissas objetivistas, a teoria da ética material de valores de MAX SCHELLER, inspirada na fenomenologia husserliana¹¹ e o objetivismo ontológico cristão, baseado no legado da tradição aristotélica-tomista¹² se caracterizam por evidenciarem a problemática da fundamentação dos direitos humanos.

Por sua vez, a fundamentação subjetivista possui uma importância indiscutível para a garantia das liberdades públicas de cunho individual. Seu principal mérito reside no fato de ter configurado um sistema de direitos com fins de defender a autonomia humana frente às ingerências do poder.

Esta postura, entendida como autoconsciência racional da dignidade, da liberdade e da igualdade demonstra a base da melhor tradição do jusnaturalismo humanista e democrático, base da fundamentação moderna dos direitos humanos¹³.

¹⁰ Esse entendimento ganhou relevo no período do pós-guerra, na Alemanha. Posteriormente, foi objeto de inúmeras críticas pois corria o perigo de se traduzir numa intuição pura e arbitrária dos valores, podendo se degenerar numa autêntica "tirania dos valores".

¹¹ A teoria da ética material dos valores surgiu com a finalidade de superar o rigoroso formalismo ético da moral kantiana e teve em NICOLAI HARTMANN um de seus maiores expoentes. MAX HORKHEIMER contribuiu para o entendimento da referida teoria no tocante à sua significação prática na cultura contemporânea.

¹² O objetivismo ontológico cristão busca como finalidade doutrinária a recuperação do nexo entre ser e valor. Nesse sentido, dá um novo conceito à natureza humana (em sua dimensão metafísica-teleológica e não apenas empírica) para sanar a ausência de uma ordem de valores ideais e apriorísticos. Teve como principais formuladores SÉRGIO COTTAY, JOHN FINNIS (*Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980), MARTIN KRIELE (*Libertación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, trad. cast. de C. Gancho, Herder, Barcelona, 1982) e LOUIS LACHANCE.

¹³ Desde as formulações estoíco-cristãs, ressurgidas na modernidade através dos clássicos espanhóis e pelo pensamento racionalista, o jusnaturalismo subjetivista serviu de apoio para as reivindicações dos direitos humanos consagradas nas Declarações de Direitos do Século XVIII.

No entanto, projetou-se no pensamento anglo-saxão uma interpretação radical da fundamentação subjetivista, capitaneada por KARL POPPER e FRIEDRICH VON HAYEK, baluartes do neoliberalismo.

POPPER parte do princípio kantiano de que *“todo individuo constituye un fin en si mismo”*¹⁴, inclinando-se para um subjetivismo axiológico ao negar a existência de qualquer valor social ou princípio histórico que possa transcender o indivíduo e, ao considerar incorreta a identificação do individualismo com o egoísmo e do coletivismo com o altruísmo¹⁵.

Evidencia-se na análise popperiana a reivindicação do primado da liberdade individual como fundamento de valores ético-políticos de cunho liberal-progressista, considerando insustentável qualquer tentativa de submeter a História ou o Desenvolvimento Social à leis dogmáticas inexoráveis, ainda que se apresentem com pretensões científicas¹⁶.

É importante ressaltar que a análise popperiana advoga a negação do **negativismo**, alicerçada na idéia de que o conflito existente entre os sistemas de valores morais é inerente a toda sociedade democrática (aberta e pluralista) não obstante não postule, como o relativismo, uma doutrina onde não possa ser defendido nenhum conjunto de valores¹⁷.

Por sua vez, HAYEK apresenta uma análise de tendência marcadamente conservadora. Suas teses influenciaram economistas neo-liberais ao condicionar a existência da liberdade individual com a defesa da liberdade de mercado.

No entanto, todos os intentos de estender a metodologia econômica à análise da fundamentação dos direitos humanos, projetando sobre eles os critérios da teoria do preço devem ser avaliados com **desconfiança**¹⁸.

JOHN RAWLS, neo-liberal progressista, sustenta o entendimento de que:

“no existe una teoría acerca de las constituciones justas, que considere que éstas son procesos que conducen a una legislación justa que concuerda con la teoría que concibe los mercados competitivos como procedimientos eficaces y esto parece implicar que la aplicación de la teoría económica al proceso constitucional actual tiene graves limitaciones, en tanto la conducta política esté afectada por el sentido que las

¹⁴ Karl POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, ver. cast. de E. Loedel, Paidós, Buenos Aires, 1967, p. 348.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Citação de Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 146.

¹⁷ Karl POPPER em *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, trad. cast. de C. García Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 155 e 156.

¹⁸ Citação de Antonio E. PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 155.

*personas tienen de la justicia, como ocurre en la toda sociedad viable, en la que una legislación justa es el primer fin social”*¹⁹.

Portanto, é inaceitável o entendimento neo-liberal dos direitos humanos mesmo se concordarmos com a análise popperiana de que *“si se pierde la libertad, ni siquiera habrá igualdad entre los no libres”* pois a premissa da liberdade como bem mais importante que a igualdade, (e a assertiva de que a busca da igualdade pode condenar a liberdade a perigo) não pode ser digno de acolhimento²⁰. A liberdade sem igualdade desemboca no elitismo e se traduz na liberdade de poucos, tão bem denunciada por ANATOLE FRANCE: ricos e pobres possuem **“liberdade”** para mendigar e dormir debaixo da ponte ou para se hospedarem no Hotel Ritz.

Além das teses neo-liberais, consagradoras da primazia da **liberdade individual**, o enfoque subjetivista da fundamentação dos direitos humanos também se manifesta através das teses neo-contratualistas de JOHN RAWLS, RONALD DWORKIN e ROBERT NOZICK, representantes dos esforços da doutrina contemporânea em reutilizar a **teoria jusnaturalista dos direitos humanos**.

RAWLS não deixou de admitir que sua concepção de justiça como imparcialidade se identifica com a teoria do Direito Natural ao afirmar que o termo *natural* *“sugiere el contraste entre los derechos identificados por la teoría de la justicia y los derechos definidos por la ley o por la costumbre”*. Com isso, os direitos naturais dependem apenas de certos atributos cuja presença pode ser comprovada através da chamada **RAZÃO NATURAL**, independente de convenções sociais e normas legais, caracterizando-se por seu *“status”* de prioridade pois, para RAWLS, os direitos facilmente anuláveis por outros valores não se constituem como direitos naturais²¹. A teoria de Rawls se resume em dois pontos vitais: no primeiro, cada indivíduo deve possuir direitos compatíveis a um sistema amplamente garantidor de liberdade para todos e no segundo, as desigualdades sociais e econômicas devem ser estruturadas de modo a que seja possível assegurar a *igualdade de oportunidades e maiores benefícios para os menos favorecidos*²². O aspecto mais debatido da teoria de Rawls consiste na justificação dos princípios de justiça que sustentam o sistema de direitos naturais ou liberdades básicas, através da pretensão de derivá-los da hipótese de uma suposta **“posição original”**, na qual os indivíduos, livres e interessados em si próprios, chegariam a um mínimo de consenso no tocante às bases sócio-políticas de sua convivência futura ainda que desconhecendo suas futuras posições sociais nessa sociedade²³.

¹⁹ John RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. cast. de M^o D. González, FCE, México - Madrid - Buenos Aires, 1979, pp. 401 e 402.

²⁰ Karl POPPER, *op. cit.*, p. 49.

²¹ John RAWLS, *op. cit.*, p. 558.

²² *Op. cit.*, pp. 340 - 341.

²³ *Op. cit.*, p. 163.

Por sua vez, RONALD DWORKIN sustenta que os indivíduos possuem interesses cuja titularidade lhes dá direito a defendê-los, quando isto for oportuno²⁴. Para ele, a fundamentação contratualista dos direitos naturais permite qualificar como o melhor programa político aquele que buscar a proteção de determinadas opções individuais básicas e não as subordinar a fins coletivos, insistindo no caráter “natural” dos direitos básicos, diferenciando-os daqueles que têm uma base legal ou consuetudinária. A chamada *right-based theory* defendida por Dworkin é analisada através do modelo construtivista, apresentando uma concepção de direitos e liberdades básicos vistos como direitos naturais.

A análise dworkiniana entende os direitos naturais ou morais como direitos que possuem sua razão de ser na proteção que prestam ao indivíduo, ainda que “*against the majority*”²⁵. Dworkin justifica este enfoque subjetivista e individualista explicando que existem direitos e liberdades que desempenham um papel tão relevante para a Humanidade que não podem estar submetidos à decisões e vontades políticas. Em evidente polêmica com a visão utilitarista, a análise dworkiniana advoga que quando alguém tem um direito básico, o governo não poderá negá-lo ainda que em nome de um “suposto” interesse geral, não estando, portanto, legitimado para restringir a liberdade de expressão (mesmo se considerar que tal restrição possa vir a contribuir para o interesse geral)²⁶. Além disso, coube a DWORKIN dirigir a sua argumentação mais para a idéia de igualdade do que para a idéia de liberdade, centrando suas teses na primazia do direito básico à igualdade de tratamento.

No entanto, a radicalização da fundamentação subjetivista se deu através da contribuição doutrinária de ROBERT NOZICK, chegando a se apresentar como uma tese individualista, libertária e anárquica²⁷.

Apoiando-se numa interpretação pessoal da Teoria dos Direitos Naturais do chamado *state of nature*, de JOHN LOCKE, NOZICK defende uma concepção de direitos humanos como limites absolutos para a atuação do Estado e dos demais indivíduos. Rejeita as teorias teleológicas que, como a utilitarista, permitem o sacrifício dos direitos individuais sob pretexto de que assim se pode maximizar sua extensão²⁸.

NOZICK declara como moralmente condenável qualquer pretensão de se sacrificar os direitos de uns em benefício de outros por serem os homens indivíduos *separados e autônomos*, sendo qualquer ingerência estatal na esfera dos direitos individuais considerada como *violação da pessoa independente e autônoma*²⁹. Portanto, para NOZICK, não cabe ao Estado promover a justiça

²⁴ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 2ª ed., 1978, p. 176.

²⁵ *Op. cit.*, p. 177.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 269 e 270.

²⁷ Robert NOZICK, *State and Utopia*, Blackwell, Oxford, 1974, p. 22.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 32 e 33.

distributiva, ainda que imensas sejam a pobreza e as desigualdades³⁰. Além disso, as teses de NOZICK conduzem a uma desvalorização do Estado, à apologia do chamado Estado-mínimo, condenando-o a um papel de meramente cumprir funções de “vigilante noturno” (*night-watchman state*), ou seja, limitar a ação estatal à tutela dos direitos individuais, sem possibilidade de modificá-los e, menos ainda, de sacrificá-los em razão de qualquer interesse social ou coletivo³¹.

A teoria dos direitos naturais em Nozick fundamenta-se numa concepção de justiça denominada *entitlement theory* onde cada indivíduo é titular (*entitled*) de direitos adquiridos em virtude de apropriação histórica (*historical entitlement theory*) e que repousa na máxima: “*Whatever arises from a just situation by just steps is itself just*”³².

Tais fundamentos legitimam em termos absolutos e ilimitados os direitos de apropriação e, em especial, a defesa do direito de propriedade, baluarte do pensamento de Robert Nozick³³.

No entanto, a fundamentação subjetivista se revelou incapaz de incorporar, a nível prático, a garantia jurídica de condições materiais e culturais de existência e manutenção à teoria dos direitos fundamentais. Não obstante as coincidências evidenciadas nas teses neo-liberais e neo-contratualistas no tocante aos direitos humanos e os “*ares de similaridade*” no tocante à defesa dos interesses individuais, faz-se mister analisar as diferentes posturas apresentadas por RAWLS, DWORKIN e NOZICK. Independente dos pressupostos ideológicos que os diferenciam tais como o liberalismo progressista de RAWLS e DWORKIN em face do liberalismo individualista-conservador de NOZICK, existem no bojo de suas teses discrepâncias de relevância.

RAWLS inspira-se na doutrina jusnaturalista de ROUSSEAU e em KANT. Por sua vez, NOZICK se alicerça em JOHN LOCKE enquanto DWORKIN fundamenta sua construção doutrinária em THOMAS PAINE³⁴. NOZICK analisa a legitimação dos direitos oriundos da apropriação histórica dos indivíduos atomizados os quais protegem seus direitos através de uma multiplicidade de contratos particulares que desembocam na justificação do Estado Mínimo. Já, RAWLS e DWORKIN fundamentam suas teorias de justiça e dos direitos naturais em um contrato geral calcado na hipótese de uma situação originária.

Dessa forma, a análise nozickiana propõe rigorosa abstenção para a ação estatal enquanto RAWLS clama por uma necessária atuação por parte dos poderes públicos para a realização dos princípios de justiça distributiva.

³⁰ *Op. cit.*, p. 167.

³¹ *Op. cit.*, p. 332.

³² *Op. cit.*, p. 151.

³³ *Op. cit.*, p. 159.

³⁴ *Op. cit.*, p. 160.

DWORKIN possui comportamento análogo ao de RAWLS ao admitir a intervenção estatal como bastião para a efetividade de seu *direito básico de igualdade de consideração e respeito*, conferindo à atividade judicial um papel decisivo na tutela dos direitos fundamentais.

Como alternativa às fundamentações objetivistas e subjetivistas, surge a *fundamentação intersubjetivista*, representando um esforço em conceber os direitos humanos como valores intrinsecamente comunicáveis, expressando demandas históricas e culturais compartilhadas, abraçando a metodologia construtivista de análise e permitindo suscitar um consenso geral acerca da sua justificação.

As *fundamentações intersubjetivistas* dos direitos humanos contribuíram para a orientação teórica e jurisprudencial com tendências a afirmar a multi-funcionalidade dos direitos fundamentais e atendendo à diversidade de objetivos que possam perseguir tais direitos num sistema axiológico-pluralista. Possui o valor de propiciar uma estrutura aberta e dinâmica dos direitos fundamentais mas corre o risco de relativizar em excesso o seu conteúdo.

A fundamentação intersubjetivista leva em conta o legado cultural, entendendo que os homens se desenvolvem num contexto sócio-cultural mutante. Em relação ao objetivismo, demanda uma revalorização do papel do Homem no processo de identificação e de justificação racional dos valores ético-jurídicos e, ao subjetivismo, postula a possibilidade de uma objetividade intersubjetiva desses valores baseada na comunicação de dados antropológicos que lhes servem de alicerce³⁵.

O ponto de partida da fundamentação intersubjetivista dos valores reside na crítica aos postulados axiológicos do objetivismo e do subjetivismo. Esta tarefa, vinculada às raízes de uma atuação comunicativa racional enquanto condição epistemológica para o alcance de um consenso sobre os valores pode ser encontrada nas teses de JÜRGEN HABERMAS³⁶.

Na teoria habermasiana, o positivismo parte do pressuposto de que as questões práticas não são suscetíveis de discussão racional, não obstante estas precisarem ser definitivamente decididas. Ao supor uma forma de filosofia axiológica subjetiva, o positivismo acaba por conduzir a um decisionismo, a uma eleição irracional de sistemas valorativos, reduzindo as normas à meras decisões de valor. Com isso o *subjetivismo racional positivista* termina buscando seu complemento na mitologia. Por outro lado, a *ética axiológica objetiva*, postulada por SCHELER e HARTMANN, concebe as relações axiológicas desvinculadas do seu nexó vital real, implicando “*una falsa racionalización de lo desracionalizado*”³⁷.

³⁵ Antonio E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 162.

³⁶ *Op. cit.*, p. 163.

³⁷ *Ibidem*, citando Jürgen Habermas em *Teorie und Praxis*.

Com fins de superar estas constatações, HABERMAS propõe uma espécie de intersubjetivismo destinado a fundamentar consensualmente a verdade dos argumentos e a correção das normas reguladoras das atividades sociais enquanto manifestações da *praxis* comunicativa. Dessa forma, a validade ou invalidez de um argumento ou de uma norma social pode ser medida por sua *idoneidade* para o êxito de um entendimento intersubjetivo. A experiência comunicativa é conduzida por um interesse prático com vistas a manter a cooperação social.

HABERMAS pretende reelaborar criticamente o transcendentalismo kantiano ao insistir em premissas gerais e necessárias como também busca superar a crítica de abstração e formalismo à hipótese comunicativa ideal. Para ele, a situação ideal não constitui um dado empírico mas tão pouco é uma mera abstração formal. Desse modo, se vincula o *consenso racional* com o *consenso efetivamente alcançado*, submetendo qualquer consenso empírico à crítica instrumentalizada nas condições da situação ideal. De acordo com esse entendimento, o valor *verdade*, assim como qualquer valor, não depende das evidências lógicas do objetivismo nem das meras verificações empíricas do subjetivismo positivista, demandando apenas um *consenso racional* obtido através de um “*construído coletivo*”.

A teoria dos direitos fundamentais em HABERMAS, busca orientar a *praxis* política enquanto norma básica do sistema, devendo a mesma aceitar as informações oriundas das ciências sociais que servirem para instrumentalizar uma possível implantação dos direitos humanos, norteando e deflagrando um processo transformador de toda a sociedade³⁸.

Incompatível com o jusnaturalismo ontológico, não histórico ou idealista, a fundamentação habermasiana dos direitos humanos coincide com tentativas recentes de conceber o *direito natural* como o *conjunto dos valores jurídicos que a razão prática descobre na própria história da sociedade*³⁹.

Destarte, a investigação doutrinária de JÜRGEN HABERMAS impõe uma questão central para a fundamentação atual dos direitos humanos: a *elucidación do conceito de necessidades humanas básicas*.

HEGEL, ao tratar desse tema, vaticinava que o animal possui um espaço limitado de meios para satisfazer suas necessidades, também limitadas. Nesse contexto, os seres humanos buscam a superação dessas limitações, provocando também a multiplicação das necessidades e dos meios para alcançá-los. Além disso, o Homem decompõe e delimita as necessidades concretas em partes e aspectos singulares, resultando em *necessidades particularizadas* e, por conseguinte, mais abstratas⁴⁰.

³⁸ *Op. cit.*, p. 165.

³⁹ *Op. cit.*, p. 166.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 168.

Ainda no tocante às necessidades, KARL MARX considerava como condições de primeira grandeza, imprescindíveis para a vida, a construção de meios que propiciassem as necessidades básicas como o alimento, as vestes e a casa. Por outro lado, a realização destas necessidades desaguaria em novas e outras necessidades que, reduzidas a sua dimensão meramente econômica, representariam o perfil clássico da **alienação capitalista**.

AGNES HELLER, ao analisar a obra de Marx, trouxe à doutrina uma importante distinção: as **necessidades naturais**, se referem aos meios materiais indispensáveis para a manutenção da vida humana; as "**necessidades necessárias**" as quais o elemento cultural, moral e os costumes são decisivos para o estabelecimento do que a sociedade, por consenso aclamou por "**razoável**" para uma "**vida normal**" num dado momento histórico e as **necessidades radicais** que implicam em opções axiológicas conscientes que só podem alcançar êxito numa sociedade plenamente desalienada⁴¹.

3 - Direitos Humanos Como Construções Morais

Os direitos humanos, em relação à sua **fundamentação**, podem ser analisados de formas distintas. Muita controvérsia doutrinária se estabeleceu no tocante a esse tema.

Os direitos humanos podem ser fundamentados?

NORBERTO BOBBIO, em seu trabalho "*L'illusion du fondement absolu*"⁴², propõe substituir a busca desenfreada do fundamento absoluto dos direitos humanos, tarefa análoga a de SÍFIFO (no inferno, a rolar, montanha acima, enorme pedra que, uma vez chegada ao alto, tombava novamente no fundo do vale), pelo estudo das fundamentações possíveis na doutrina.

Segundo o professor espanhol PÉREZ LUÑO, nos debates do Colóquio do Instituto Internacional de Filosofia em Aquila (1964), CHAÏM PERELMAN, assim como BOBBIO, ao tratar da fundamentação dos direitos humanos, propôs um fundamento alicerçado na argumentação racional mas que não eliminou as incertezas e controvérsias em relação ao tema⁴³.

EUSEBIO FERNÁNDEZ trouxe à doutrina importantes contribuições através de seus trabalhos, distinguindo a fundamentação dos direitos humanos em três abordagens distintas: a **fundamentação jusnaturalista**, que busca situar a fundamentação no direito natural, apresentando a natureza humana como

⁴¹ Agnes HELLER, *Teoría de las necesidades en Marx*, trad. cast. de J. F. Ivars, Península, Barcelona, 1978, p. 26.

⁴² Este trabalho encontra-se na coleção *Le fondement des droits de l'homme* (Actes des entretiens de L'Aquila - 14-19 septembre 1964, Institut International de Philosophie), La Nuova Italia, Firenze, 1966.

⁴³ *Ibidem*. O trabalho de Perelman encontra-se na mesma coleção acima.

universal e imutável; a **fundamentação historicista**, que situa a história como mutante e variável e com isso a fundamentação teria esse "caráter cambiante" e a **fundamentação ética** que aclama os direitos humanos como exigências éticas e morais, como direitos que os homens possuem pelo simples fato de serem homens, pelo reconhecimento de sua condição de humanidade, devendo esta ser acolhida como objeto de proteção do poder público, tanto político quanto jurídico⁴⁴.

GREGORIO PECES-BARBA propõe uma concepção dualista dos direitos humanos, buscando superar as versões unilaterais - jusnaturalista e positivista -, ou como afirma EUSEBIO FERNÁNDEZ "*salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo*"⁴⁵.

PÉREZ LUÑO apresenta objeções e reservas à tentativa de utilização do termo "**direitos morais**" como alternativa às expressões "**direitos humanos**" ou "**direitos naturais**" por entender que não existe uma delimitação conceitual precisa e unânime. Para ele, os direitos humanos se apresentam como uma versão moderna da idéia tradicional de direitos naturais, representando um avanço no tocante ao seu processo de positivação⁴⁶.

Além disso, se com a expressão "direitos morais" se pretende apresentar a confluência entre as exigências ou valores éticos e as normas jurídicas, apenas resulta em afirmar o jusnaturalismo pois a melhor descrição do direito natural consiste no fato dele oferecer um nome para o ponto de interseção entre Direito e Moral⁴⁷.

Conclusão

Por fim, qualquer tentativa, no entender de LUÑO, de situar a fundamentação dos direitos humanos numa ordem de valores anterior ao direito positivo é afirmá-los de forma preliminar, consciente ou inconscientemente numa perspectiva jusnaturalista⁴⁸.

Portanto, o conhecimento e a fundamentação dos direitos humanos a partir das necessidades, apesar de afirmar a distinção entre os respectivos planos do SER e do DEVER SER não impõe a necessidade de se transformar numa "fratura abismal", segundo LUÑO, que impeça a articulação, por vezes necessária, entre os dois universos referidos acima. Essa articulação se produz na

⁴⁴ Eusebio FERNÁNDEZ, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, apud PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 177.

⁴⁵ G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, apud PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 178.

⁴⁶ PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 179.

⁴⁷ *Ibidem*, citando A. Passerin D'Entreves em *Derecho Natural*, trad. cast de M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, p. 151.

⁴⁸ *Ibidem*.

medida que as necessidades extrapolam o universo dos dados imediatos sensoriais para alcançar o universo dos valores.

Por isso, faz-se mister abolir a rígida divisão entre SER e DEVER SER, porém sem que isto implique em aceitar a identificação hegeliana de realidade e razão.

O êxito da tão difícil mediação entre experiência e valores constitui o problema básico da fundamentação dos direitos humanos.

Malgrado a dificuldade não se pode minorar a virtude da tarefa pelas exigências morais de dignidade, liberdade e igualdade trazidas em seu bojo.

DISCURSO*

Francisco Mauro Dias**

Magnífico Reitor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro,

Pe. JESUS HORTAL SANCHEZ, S.J.

Prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em cuja pessoa representada, por motivo de força maior, na de sua filha, Profª. TÂNIA DA SILVA PEREIRA, saúdo as Excelências que compõem a Mesa de Honra desta solenidade, Paraninfos, Homenageados e demais integrantes do Corpo Docente do Departamento de Direito

Senhoras e Senhores

QUERIDOS COLEGAS, BACHARELANDOS DA "TURMA CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA":

Ter sido escolhido por patrono da turma que adotou, emblematicamente, o nome de uma das figuras tutelares do Magistério Jurídico brasileiro; que elegeu paraninfos CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, que honra, na docência que professa, a trilha luminosa palmilhada por sua ancestralidade, e MANOEL MESSIAS PEIXINHO, meu ex-aluno e examinando na defesa de sua dissertação de Mestrado, é homenagem que muito me desvanece, a maior, sem dúvida, com que sou agraciado aos 27 (vinte e sete) anos de ministério na PUC-Rio.

Tendo nutrido, na juventude de minha formação, a quimera de ter sido vocacionado à vida religiosa dedicada ao magistério, aprendi, com os Irmãos Maristas, cujos ensinamentos hauri, a cultivar as três violetas que adotam por lema:

* Discurso proferido por ocasião da formatura da Turma Prof. Caio Mario da Silva Pereira.

** Professor de Direito Administrativo do Departamento de Direito da PUC-Rio. Diretor do Departamento de Direito da PUC-Rio.

é, pois, com *humildade, simplicidade e modéstia*, mas profundamente comovido, que recebo e agradeço a homenagem com que me houveram por bem distinguir.

E o faço, gratificado além do meu merecimento, pela epígrafe que, no convite para sua formatura - lembrança imorredoura, que guardarei carinhosamente e para sempre - fizeram insculpir na página correspondente à minha nomeação:

" *Feliz é aquele que, com simplicidade, logra êxito em passar às novas gerações toda a riqueza de seu conhecimento. Ensinar pelo simples prazer de ensinar é eternizar seu nome e sua sabedoria na história.*"

Homenagem maior não poderia receber: sou e estou *feliz*; sinto-me realizado na vocação primeira que abracei.

Na edição de novembro passado, quando ainda se submetiam às últimas provas do Curso e à defesa das monografias que lhe culminariam a conclusão, o Magnífico Reitor, Pe. JESUS HORTAL SANCHEZ, perguntava-se, em artigo publicado no *Jornal da PUC*, sobre "*Novos Paradigmas na Educação ?*", se *saberíamos, nos próximos decênios, responder ao grande desafio de mostrar que, mesmo na nossa era, há lugar para uma concepção integral do homem, não apenas como ser tecnológico, mas, antes e sobretudo, como ser solidário, chamado à convivência, portador de dignidade inalienável e, ao mesmo tempo, unido indissolivelmente a tudo quanto é humano, e de conseguir que a juventude, num mundo em mudança acelerada, redescubra o sentido do permanente, do valioso, do verdadeiramente humano, tarefa não apenas para os professores de cultura religiosa, mas para todos os educadores.*

Como patrono desta Turma e louvado nas magníficas epígrafes que, a cada passo, exornam o convite para sua colação de grau, nutro a certeza de que, correspondendo ao *perfil PUC*, no qual se moldou a sua profissionalização, e imbuídos dos valores humanísticos que internalizaram no seu delineamento, teremos, os professores do Departamento de Direito, respondido satisfatoriamente ao desafio, proporcionando-lhes aprendizado não dogmático, mas crítico, do Direito, preparando-os para o desempenho de uma das, hoje constitucionalizadas como tais, *funções essenciais à Justiça*, seguramente a mais nobre dentre elas, a

Advocacia, que irão exercitar jungidos a um juramento que impõe o *patrocínio do Direito, a realização da Justiça e o nunca faltar à causa da humanidade.*

Com patrono desta Turma, de *perfil PUC*, ocorre-me, como em oportunidade idêntica, rememorar-lhes, como última lição, a sábia advertência do jusfilósofo JEAN CRUET, provinda do início do século, mas de atualidade impecável. É extraída da introdução à sua obra "*La vie du Droit et l'Impuissance des Lois*":

" *Se não está ativamente envolvido na luta de interesses, o jurista é naturalmente levado a crer que toda a vida social se organiza, e se move, sob o império absoluto das leis: não é com efeito por intermédio das leis que ele está acostumado a ver sempre a vida ?*

Os textos legislativos fornecem ao espírito fórmulas geralmente claras e precisas, cuja rigidez, impondo-se ao respeito do jurista, deve necessariamente deformar para ele o verdadeiro aspecto das coisas: não ousando evadir-se dos textos, para apropriar o mundo social em toda sua abrangência, em toda sua complexidade e em todo seu movimento, ele chega a procurar a fonte única do direito, não na sociedade organizando-se por ela própria, mas nas engrenagens do Estado, especialmente investidas, com um monopólio teoricamente exclusivo, da elevada missão de editar as regras oficiais do direito consagrado.

Desta visão profissional das relações sociais, e, por assim dizer, de uma ilusão de ótica, nasceu a concepção dogmática do direito e da lei.

.....
No dia em que o legislador souber corrigir o dogma hereditário de sua soberania nominal pela noção experimentalmente adquirida, e, a cada nova lei, duramente confirmada sua impotência prática, no dia em que tiver consciência mais nítida e mais premente de cumprir uma função, aliás muito útil, e não de exercer um poder indefinido, ele perderá o interesse de procurar para a onipotência

dos Parlamentos um limite artificial, qual a frágil barreira de uma Corte Suprema Constitucional: as melhores fronteiras não são as fronteiras convencionais...

A crença na onipotência da lei agrava a intensidade das lutas políticas. uns imaginam que a lei tudo lhes pode retirar, outros que a lei tudo lhes pode dar: o temor daqueles faz a esperança desses, mas não são, ambos, quiméricos ?

Se a lei se afigurasse a todos expressão aproximativa do equilíbrio real da sociedade, e não a ordem arbitrária de uma vontade incondicionada, os cidadãos compreenderiam por eles mesmos o quanto são mal vindos para pedir ao Legislativo leis perfeitas. Seria mais fácil lhes responder: para fazer leis excelentes, seria preciso uma sociedade melhor."

Palavras proféticas, as que lhes trago como derradeira lição, retrataram, em antevisão privilegiada do futuro, o *soit disant* Estado de Direito Democrático sob o qual vivemos apenas nominalmente, em que viceja a crença na onipotência das medidas provisórias que se eternizam; das propostas de emendas à Constituição que equiparam direitos, ainda que conquistados por mérito publicamente aferido, a privilégios e em que a opinião pública, ilaqueada na sua boa-fé, é cooptada para a miragem de que a construção do porvir pode ser edificada, eticamente - pasmem! -, sobre *sangue, suor e lágrimas* do presente...

Fundamento constitucionalizado do *princípio do Estado de Direito a dignidade da pessoa humana*, é de todo inviável, à luz da Justiça, a possibilidade, demagogicamente explorada e à *outrance*, de ser palatável a *degradação* da dignidade conquistada de cada um ou de muitos, como contrapartida da ascensão de u'a maioria, até então marginalizada, às migalhas que sobejariam da aluição do verdadeiro Estado de Direito Democrático...

Resta-nos, entretanto, uma esperança: construir a sociedade melhor a que se referia CRUET e à qual todos aspiramos também incumbe, a partir de hoje e agora, em missão ratificada por juramento, aos bacharelados de 1997 da "*Turma Caio Mário da Silva Pereira*":

Conclamo-os, queridos colegas e amigos que se incorporam, imbuídos de um ideal, ao *patrocínio do Direito* e à *realização da Justiça*, *sem jamais faltar à causa da humanidade*, a que adotem por lema sua *Luta pelo Direito*, na porfia da construção de uma sociedade melhor, o lema do brasão de PIO XII: *Opus justitiæ, pax*, desenvolvido, às vésperas de um novo milênio, na recente mensagem de JOÃO PAULO II aos católicos e a todos os homens de boa vontade, no Dia Mundial da Paz: "*A justiça anda em relação permanente e dinâmica com a paz: ambas exigem ordem e verdade. Da justiça de cada um nasce a paz para todos.*"

DEUS OS ABENÇOE E LHES PROPICIE O DESENVOLVIMENTO PLENO DE SUAS POTENCIALIDADES ! DEUS OS RECOMPENSE NA SUA BUSCA PELA FELICIDADE !

Rio, 09 Jan 98.

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Dissertações de Mestrado defendidas no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio, no período de agosto a dezembro de 1998.

1. Título da Dissertação: Segurança Pública: Ousadia da Paz.

Aluno: André Queiroz Ferreira de Mello

Data da Defesa: 02.09.98

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Fernando Quintana e Alejandro Bugallo Alvarez .

2. Título da Dissertação: De Sem Rosto à Cidadão – A Luta pelo Reconhecimento dos Sem Terra como Sujeitos no Ambiente Constitucional Brasileiro.

Aluno: José Carlos da Silva Garcia

Data da Defesa: 04.09.98

Orientador: Carlos Alberto Plastino

Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, Carlos Nelson Coutinho, Carlos Roberto de Siqueira Castro e Gisele Guimarães Cittadino.

3. Título da Dissertação: Globalização, Reestruturação Institucional e Controle Social Penal.

Aluno: Rafael Attala Medina

Data da Defesa: 23.09.98

Orientador: João Mestieri

Banca Examinadora: João Mestieri, Nilo Batista, Juarez Tavares e Alejandro Bugallo Alvarez.

4. Título da Dissertação: As Reformas Constitucionais nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa.

Aluno: Agostinho Antonio dos Santos

Data da Defesa: 09.10.98

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Ana Lúcia de Lyra Tavares, Francisco Mauro Dias e Alejandro Bugallo Alvarez.